UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LE NANTISSEMENT

DES

FONDS DE COMMERCE

La Loi du 1er Mars 1898 et sa réformation

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le lundi 29 Juin 1903, à 1 heure et demie

PAR

Henri LAURAIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DES CONCOURS DE LICENCE ET DE DOCTORAT (1899, 1900 et 1902)

Président : M. BAILLY, *doyen.*

Suffragants : M. DESSERTEAUX, *professeur.*
M. ROUX, *professeur.*

DIJON

IMPRIMERIE JOBARD

Place Darcy, 9

1903

LE NANTISSEMENT

DES

FONDS DE COMMERCE

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

LE NANTISSEMENT

DES

FONDS DE COMMERCE

La Loi du 1er Mars 1898 et sa réformation

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le lundi 29 Juin 1903, à 1 heure et demie

PAR

Henri LAURAIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DES CONCOURS DE LICENCE ET DE DOCTORAT (1899, 1900 et 1902)

Président : M. BAILLY, *doyen.*

Suffragants : M. DESSERTEAUX, *professeur.*
M. ROUX, *professeur.*

DIJON

IMPRIMERIE JOBARD

Place Darcy, 9

1903

A MON PÈRE

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A CELLE DE MON FRÈRE

INTRODUCTION

ESSAI D'UNE DÉTERMINATION DE LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE.

Qu'est-ce qu'un fonds de commerce ? Telle est la question qu'il nous paraît nécessaire de poser et de résoudre avant d'entrer dans l'étude spéciale des nantissements de fonds de commerce. La détermination exacte de la portée, des conditions et des effets d'un acte juridique quelconque ne va pas, en effet, sans la précision de l'étendue, de la condition et de la nature juridique de la chose qui en est l'objet. D'ailleurs, cette nécessité est d'autant plus impérieuse, ainsi que nous aurons l'occasion de le constater, que cet acte juridique est un nantissement sans déplacement de la possession de l'objet engagé du débiteur au créancier et que cette chose est un fonds de commerce. Or, poser cette question n'est pas la résoudre : car on est loin de s'accorder,

aujourd'hui encore, sur ce qu'il faut entendre par un fonds de commerce, tant au point de vue économique qu'au point de vue juridique.

Nos lois modernes, nos lois françaises surtout, sont à peu près muettes sur le fonds de commerce. Il faut aller jusqu'à la loi du 28 février 1873, art. 17, pour voir employer officiellement chez nous cette terminologie, et elle l'est sans grande explication. Notre loi du 1er mars 1898, sur le nantissement de fonds de commerce, esquive, elle aussi, la responsabilité de le définir.

L'usage même ne procure pas grand secours ; il est, du reste, bien récent. La reprise des affaires d'un commerçant ou d'un artisan a été évidemment un acte connu et pratiqué dans toutes les nations commerciales ; mais elle n'a longtemps comporté que l'acquisition du matériel, de l'outillage, des marchandises de ce commerçant, de cet artisan ; l'ensemble de ces divers objets était même désigné dans notre ancien droit sous le nom *de fonds de boutique* (1). La notion de fonds de commerce, telle que nous la comprenons en général de nos jours et prise dans son essence, est née avec la liberté du commerce et de la concurrence. Sous le régime économique nouveau qui a été la conséquence de la Révolution, le commerçant put, sans entraves, appliquer toutes ses facultés et ses ressources à s'attirer des clients, à développer son commerce. Aussi, en

(1) Voir l'évolution de la notion de fonds de commerce depuis l'antiquité jusqu'à nos jours dans Gombeaux. *La Notion juridique du fonds de commerce*, 2e partie, thèse de Caen, 1901-1902, p. 112-222.

est-on peu à peu arrivé à considérer que la bonne réputation qu'un commerçant a su donner à son établissement par son travail, sa probité, son ingéniosité constitue une propriété morale (1) et une valeur économique, dont le bénéfice et les avantages peuvent être transmis à une autre personne moyennant paiement. Cette notion est allée se vulgarisant, mais en même temps croissant en complexité et en étendue (2).

Aujourd'hui, l'objet d'une cession de fonds de commerce est, il est vrai, le plus ordinairement spécifié dans l'écrit qui la constate comme comprenant la clientèle, l'achalandage, le nom et l'enseigne de l'établissement transmis, le droit au bail des lieux qu'il occupe, le matériel et les marchandises qui lui sont adjoints. Est-ce là la définition du fonds de commerce ? Le matériel et les marchandises sont fort utiles à l'exploitation d'un fonds de commerce ; pourtant, ce qu'un acheteur recherche généralement dans l'achat d'un fonds, ce sont, avant tout, des clients ; de plus, on conçoit l'existence de ces objets à côté du fonds, isolés de lui, tout en restant susceptibles d'en suivre le sort. D'autre part, on ne rencontre pas toujours ces éléments réunis dans tout fonds de commerce. Certains fonds ne comportent pas de marchandises, ni de matériel ;

---

(1) Le tribunal d'appel, par un arrêt en date du 29 thermidor an IX, en décidait déjà ainsi. (Voir : Introduction à l'ouvrage de M. Lèbre. *Traité théorique et pratique du fonds de commerce,* par M. Georges Hartmann, p. LXVII.)

(2) Dalloz. *Répertoire,* v° Industrie et Commerce, n° 376-1 ; n° 363-1 et 2 ; v° Boulanger, n° 17 ; v° Vente, n° 659-2.

d'autres ont surtout des marchandises ; quelquefois le commerçant est propriétaire du local qu'il occupe.

Quelques-uns de ces éléments ont eux-mêmes un contenu assez vague : l'achalandage est, d'après les encyclopédistes (1), l'ensemble des moyens destinés à attirer la clientèle ; en ce sens, il pourrait avoir une portée fort étendue et désigner non seulement le nom commercial et l'enseigne de l'établissement (ce qui est sa signification ordinaire dans cette acception), mais encore les marques de fabrique, brevets d'invention et tous autres moyens qui font valoir l'établissement et attirent la clientèle. Pour d'autres, qui paraissent ainsi confondre l'effet avec la cause (2), l'achalandage et la clientèle seraient deux expressions synonymes. Cette synonymie s'explique, dit assez justement M. Bellon, « quand on considère dans quel rapport sensiblement constant la clientèle se trouve dans la réalité des faits avec l'achalandage (3) ». Ajoutons même que telle est la signification le plus ordinairement attribuée au mot achalandage (4).

Que l'on donne à cette expression l'un ou l'autre sens, il convient encore de se demander s'il faut y joindre ou y incorporer suivant le cas, pour former un fonds de commerce, diverses valeurs que les pro-

---

(1) Bouillet. *La grande Encyclopédie,* v° Achalandage. — Même sens : Bellon. *Du Nantissement du fonds de commerce,* thèse de Paris, 1901, p. 18-22.

(2) Demolombe. *Des Biens,* t. I, n° 440. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de Droit commercial,* 3e édition, t. III, parag. 245, p. 180.

(3) Bellon. *Op. cit.,* p. 20.

(4) Lyon-Caen et Renault. *Op.* et *loc. cit.*

grès de la science moderne ont rendues plus communes, et qui sont autant de moyens d'attirer la clientèle et de causes d'extension de l'achalandage, telles que les brevets d'invention, secrets de fabrication, marques de fabrique, dessins et modèles industriels.

Enfin, la notion de fonds de commerce est encore plus extensible ; on peut y englober, à un titre ou à un autre, les immeubles où le commerce s'exerce, les créances, les dettes qui sont la conséquence de son exploitation, les rapports juridiques de toute nature créés à son occasion, tout ce qui contribue à l'exercice d'un commerce, dont le fonds est l'instrument d'exploitation.

Si l'on cherche ensuite à fixer les caractères et la nature juridique du fonds ainsi constitué, le problème se complique singulièrement. Est-ce une simple agglomération de biens, un tout différent de chacune de ses parties, ou même une universalité juridique? Est-ce un meuble, et, en cas d'affirmative, est-il corporel ou incorporel? Ce second point de vue est plus encore que le premier du domaine de la libre recherche. Le contenu du fonds de commerce peut être approximativement déterminé avec le secours de l'usage ; ici, il faut s'en remettre uniquement aux données de la raison.

Aussi, nombreuses et diverses sont les définitions données du fonds de commerce. Pour prendre parti dans la question, — comme nous allons essayer de le faire très rapidement à notre tour, — il nous faut y revenir un peu en détail. Remarquons auparavant, toutefois, qu'il est impossible, dans la poursuite

de cette solution, de se laisser guider uniquement par des considérations purement scientifiques. La création du fonds de commerce a été l'œuvre des circonstances et du milieu ambiant : il faut donc tenir le plus grand compte des résultats fournis par l'usage. D'ailleurs, ce fonds nous apparaît comme une résultante d'autres valeurs ; il importe de ne pas donner à certaines choses qui doivent être soumises à un régime légal particulier, un régime légal différent, sous le couvert du fonds de commerce et parce qu'elles sont susceptibles d'y être incorporées.

Ces réserves faites, la détermination de la notion juridique de « fonds de commerce » comporte la solution des deux questions suivantes :

1° Quels sont les éléments économiques qu'il convient de faire rentrer dans la notion de fonds de commerce et quelle est l'importance de chacun d'eux ?

2° Quels sont les caractères et la nature juridique de l'ensemble ainsi constitué ?

La seconde question est intimement liée à la première : il est facile de comprendre, *a priori,* que la nature juridique du fonds de commerce doit varier suivant qu'on y fait entrer ou non certains éléments, suivant aussi le rôle et l'importance relative attribués à chacun d'eux.

§ I[er]. — *Le fonds de commerce et les éléments économiques qui le composent ou peuvent le composer.*

Il existe tout d'abord une conception fort large qui fait rentrer, sous l'expression de fonds de commerce, tout ce qui sert à un titre quelconque à l'exercice d'un commerce, toutes les relations, tous les rapports juridiques créés à l'occasion de ce commerce. Sous le terme de « fonds de commerce », on peut alors comprendre non seulement une clientèle, des moyens de l'attirer et de la conserver, un matériel, des marchandises, mais aussi des immeubles, s'ils sont aménagés pour l'exercice du commerce considéré et appartiennent au vendeur, mais encore, des créances, des dettes, des obligations de tous genres de faire ou de ne pas faire, des promesses de contrat, etc... C'est de cette manière de voir très absolue que se rapproche la notion allemande du fonds de commerce, déjà toute relative ; en Allemagne, on paraît avoir voulu éviter les inconvénients pratiques qui peuvent résulter de l'incorporation, le cas échéant, dans le fonds de commerce, de l'immeuble où il est exploité; l'obligation d'inscrire au livre foncier tous les droits réels immobiliers, semble être une cause suffisante d'assigner à ces immeubles une vie séparée. Mais, par contre, on y considère les dettes et les créances comme faisant partie, de plein droit, du fonds de commerce. Dans la pratique de plusieurs villes commerciales

allemandes, depuis la fin du dix-huitième siècle (1), la transmission du fonds comportait, sans que, pour cela, il fût besoin d'une clause expresse, celle de l'actif et du passif commerciaux du commerçant vendeur à l'acheteur. Malgré les difficultés juridiques qui s'attachaient à la justification d'une telle subrogation entre vifs, notamment en ce qui concerne le passif, difficultés sur lesquelles nous n'avons pas à insister ici, le Code de commerce allemand, promulgué le 7 avril 1897, a confirmé cet usage (2).

En regard et à l'opposé de cette première manière de voir, il nous faut placer celle qui paraît la conception primitive du fonds de commerce et à laquelle se rallie actuellement le droit anglais. En droit anglais, en effet, l'élément capital et presque unique du fonds de commerce est le *goodvill*, dont la notion répond à peu près à celle de notre achalandage. On y joint le nom commercial et les marques de fabrique. Mais le droit au bail ne fait pas partie intégrante du *goodvill*. C'est à ces éléments que se réduit cette notion ; on n'y comprend ni le matériel, ni les marchandises ; on n'y comprend, *a fortiori*, ni les créances, ni les dettes (3).

Entre ces deux conceptions extrêmes, on peut en placer une autre, moins large que la première, moins étroite que la seconde, qui peut revêtir d'ailleurs divers aspects, suivant l'importance respective des

---

(1) Gaudemet. *Etude sur le transport des dettes à titre particulier*, thèse de Dijon, 1898, p. 487.

(2) *Ibid.*, p. 534, parag. 25-27 du Code de commerce allemand, traduction de M. Gaudemet.

(3) Gombeaux. *Op. cit.*, p. 290-298.

divers éléments que l'on y fait entrer. Dans la forme qu'on peut accepter comme type de cette façon de voir, on exclut d'abord du fonds de commerce tout élément immobilier qui, par sa nature même et sa condition juridique spéciale, demande à en être isolé ; on considère aussi qu'il n'y faut pas incorporer, de plein droit, les créances et les dettes, contractées à l'occasion du commerce : les dettes parce que leur cession ne se comprend guère, à moins d'exception positive, sans l'assentiment des créanciers correspondants, les créances, parce qu'elles sont la contre-partie des dettes. Le fonds de commerce comprend alors l'achalandage ou la clientèle de l'établissement commercial, tous les moyens possibles de l'entretenir ou de le développer, le droit au bail des lieux qu'il occupe, le matériel nécessaire à son exploitation, enfin les marchandises qui alimentent le trafic auquel il donne lieu.

Il importe de faire ici, comme d'ailleurs il y aurait lieu de le faire dans la première conception, des observations de toute importance. Ce sont là les éléments susceptibles de rentrer sous cette dénomination, mais qu'un fonds de commerce donné ne contient pas forcément ; il peut en comprendre quelques-uns seulement, ceux que nécessite son exercice, tous n'y étant pas en même temps indispensables, à un certain moment surtout ; mais il n'en doit pas renfermer davantage : c'est le maximum d'étendue de l'objet dit « fonds de commerce ». D'autre part, le propriétaire reste libre de retrancher de cette masse des éléments qui servent à l'exploita-

tion, le surplus continuant à former le fonds de commerce, à la condition pourtant qu'il n'en retire pas l'achalandage, le nom et l'enseigne, qui sont les éléments essentiels du fonds, sa carcasse même, si l'on peut s'exprimer ainsi (1).

A ce maximum, correspond donc un minimum sans lequel la chose et, par conséquent, le mot n'existent pas. Les éléments composant ce minimum constituent l'essence même du fonds ; les autres n'en sont que des éléments principaux ou accessoires, c'est-à-dire des éléments qui, sans être communs à tous les fonds, peuvent être nécessaires ou utiles à l'exploitation d'un fonds déterminé, qu'il n'est guère facile d'en retrancher sans lui nuire, mais auxquels il est possible de donner une existence distincte sans le détruire. Tel est le droit au bail des lieux occupés. En effet, on ne comprend guère, quoiqu'on en ait dit, un fonds de commerce sans achalandage : il en existe toujours un, ne fut-ce qu'à l'état embryonnaire ; même si l'établissement ne fait des affaires qu'avec des clients d'occasion, même s'il vient seulement d'être fondé, il y a néanmoins des relations, en tous cas une chance de clientèle dont la valeur économique n'est pas douteuse. Au contraire, on conçoit très bien un fonds de commerce installé dans un

---

(1) Lèbre. *Traité théorique et pratique du fonds de commerce*, p. 4 et 6. — Boistel. *Précis de Droit commercial*, 4e édition, n° 429, p. 294. — Thaller. *Traité de Droit commercial*, 2e édition, n° 82, p. 64. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, n° 245, p. 180. — Demolombe. *Des Biens*, t. I, nos 403 et 440. — Aubry et Rau. *Cours de Droit civil*, 5e édition, t. II, p. 39, note 31. — Aix, 12 mars 1878. S. 1878. 2. 265.

immeuble appartenant à son propriétaire : pendant tout le temps où cette situation se prolonge, c'est-à-dire jusqu'au jour où le propriétaire ira installer son commerce dans d'autres lieux qu'il occupera à bail, ou bien jusqu'au jour où il cédera son commerce à son successeur sans lui céder en même temps son immeuble, il n'y aura pas lieu de faire figurer un droit au bail parmi les éléments du fonds. Mais, par contre, à partir de ce jour, ce droit au bail devra jouer un rôle important dans l'appréciation de la valeur du fonds, sans pourtant être tellement essentiel à son existence qu'on ne puisse l'en distraire.

C'est à cette conception que se rattache la notion économique courante du fonds de commerce en France. Toutefois, il est bien difficile d'en donner une définition précise. Les tribunaux, qui, les premiers, ont été mis dans cette obligation, se sont contentés, à l'exemple des parties dont les contrats étaient soumis à leur appréciation, de procéder par énumération. C'est ainsi que les termes principaux de cette énumération ont été peu à peu arrêtés (1). Cette manière de faire a prévalu dans la doctrine française jusqu'à nos jours ; ceux qui cherchent à établir scientifiquement cette notion, se heurtent forcément, en effet, aux coutumes et aux habitudes, obligés qu'ils sont d'en tenir le plus grand compte et, de là, éprouvent une grande difficulté à composer une formule, englobant toutes les choses dissemblables et hétérogènes qui, à l'exclusion de

(1) Dalloz. *Répertoire*, v° Industrie et Commerce, n° 374-375.

certaines autres susceptibles souvent d'y entrer au même titre, constituent ou peuvent constituer un fonds de commerce.

Voici la définition de MM. Lyon-Caen et Renault :

« Sous le nom de fonds de commerce, on désigne un ensemble de biens qui se rattachent à l'exercice d'un commerce principalement l'achalandage, l'enseigne, les marchandises en magasin, le droit au bail des lieux où s'exploite le commerce, les marques de fabrique ou de commerce que le commerçant appose sur ses marchandises (1). »

En général, tous les auteurs (2) font de même quand ils ont à indiquer ce qu'est le fonds de commerce. Si l'on veut en avoir une idée plus précise, il faut donc entrer dans de plus grands détails.

En France, la cession d'un fonds de commerce emporte incontestablement, en premier lieu, la cession de l'achalandage (3) ou de la clientèle attachée à une entreprise commerciale, tout au moins de la possibilité de clientèle dont elle est susceptible. Elle entraîne aussi, sauf stipulation contraire, la transmission du nom et de l'enseigne de cette entre-

---

(1) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, n° 239.

(2) Ruben de Couder. *Dictionnaire de Droit commercial*, v° Fonds de commerce, n° 2. — Lèbre. *Op. cit.*, p. 1. — Labori. *Répertoire encyclopédique de Droit français*, v° Fonds de commerce, n° 1. — Thaller. *Traité de Droit commercial*, 2e édition, n°s 85 et suiv.

(3) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, n° 245, p. 180. — Thaller. *Op. cit.*, n° 82. — Dalloz. *Répertoire*, v° Industrie et Commerce, n° 374.

prise (1), du droit au bail des lieux où elle est exploitée (2).

Si le commerçant est propriétaire des locaux où s'exerce le commerce, il n'a, le cas échéant, qu'à consentir un bail à son successeur pour lui procurer les mêmes avantages, mais il peut aussi comprendre dans la cession la transmission des immeubles qui les comportent. Il y aurait là, semble-t-il, deux transmissions distinctes : cession d'un immeuble d'un côté, d'un fonds de commerce, de l'autre (3). On a soutenu une thèse contraire : en ce cas, l'immeuble, a-t-on dit, constituerait un élément du fonds de commerce (4). Cette théorie audacieuse, qui a trouvé un écho en jurisprudence (5), mais qui conduirait à des conséquences très graves et surtout nuirait considérablement aux tiers en suscitant des conflits de droits réels occultes, est jusqu'à maintenant généralement rejetée.

A tout cela vient s'ajouter d'ordinaire, à moins de

---

(1) Ruben de Couder. *Op. cit.*, v° Fonds de commerce, n° 27. — Pouillet. *Traité des marques de fabrique*, 1883, n°s 698 et suiv. — Dalloz. *Répertoire*, v° Industrie et Commerce, n° 374. — Guillouard. *De la Vente*, t. I, n° 232. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, n° 245, p. 180. — Cass. Req. 22 mai 1889, D. P. 1889. 1. 370. — *Pandectes françaises*, v° Concurrence déloyale, n°s 457, 458, 882 et suiv.

(2) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, n° 245, p. 180. — Dalloz. *Répertoire*, v° Industrie et Commerce, n°s 374 et 375. — Cass. Req. 29 janvier 1883, S. 1885. 1. 482. — Tribunal de commerce de Saint-Etienne, 26 novembre 1897. *Annales de Droit commercial*, 1898, p. 2.

(3) Lèbre. *Op. cit.*, n°s 6 et suiv.

(4) Magnin. *Essai sur le nantissement du fonds de commerce : Annales de Droit commercial*, 1900, p. 28, note. — Nantet. *Des Fonds de commerce, leur vente, leur mise en gage*, thèse de Paris, 1899, p. 23-28. — Catalan. *Op. cit.*, p. 58. — Gombeaux. *Op. cit.*, p. 231.

(5) Cour de Montpellier, 29 novembre 1897. D. P. 1899. 1. 353.

réserves formelles, le matériel d'exploitation et les marchandises en magasin. C'est même à ces éléments que se réduisait autrefois le fonds de commerce quand on le dénommait fonds de boutique. On trouve encore trace, dans quelques auteurs, de cette doctrine archaïque, qui limite à ces objets l'étendue du fonds (1).

Le matériel pourrait être considéré comme immeuble, dans le cas où le fonds de commerce auquel il est attaché, est exploité dans un immeuble spécialement aménagé pour l'exploitation de ce commerce et appartient au même propriétaire. Tel est du moins l'avis d'une certaine doctrine (2) ; si elle triomphait, elle aboutirait à ce résultat déplorable que l'hypothèque, grevant le fonds immobilier, porterait sur le matériel du fonds commercial dès l'instant où il y serait incorporé, au grand détriment des fournisseurs de ces objets, qui comptent le voir entrer dans le fonds de commerce, au grand détriment aussi de tous les créanciers du commerçant, qui sont légitimement fondés à le comprendre apparemment dans le gage commun. Aucune nécessité juridique n'impose ce système ; d'abord, c'est peut-être s'avancer beaucoup que de le généraliser à toutes les hypothèses où le commerçant est propriétaire de

---

(1) Proudhon. *Traité des Droits d'usufruit, d'usage et d'habitation,* t. II, n° 1010, p. 469. — Aubry et Rau. *Cours de Droit civil français,* 5e édition, t. II, parag. 236, p. 740, texte et note 5.

(2) Laurent. *Principesde Droit civil,* t. V, nos 463-464. — Lyon-Caen. *Note* sous Cassation, 21 juillet 1879. S. 1880. 1. 409. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Des Biens,* nos 76 et 85. — Cour de Caen, 1er avril 1879. S. 1880. 2. 331.

l'immeuble qu'il occupe : les termes du Code civil ne l'exigent pas. Des auteurs importants (1) rejettent cette idée d'immobilisation par destination commerciale, par suite des conséquences graves qu'elle entraîne ; la jurisprudence elle-même (2) semble n'y voir qu'une question de fait. En réalité et en toutes circonstances, le matériel semble bien être plutôt attaché au fonds pour l'exercice du commerce, qu'à l'immeuble pour son exploitation. Pour nous, il nous paraît logique et fort juste de nous arrêter sur ce point à cette observation qu'en pareil cas il existe : 1° un fonds immobilier ; 2° un fonds commercial et que le matériel est destiné à exploiter ce dernier (3).

Dans l'opinion prédominante en France, on considère aussi comme faisant, de plein droit, partie du fonds les brevets d'invention (4), les marques de commerce et de fabrique (5), les dessins et modèles industriels (6), qui contribuent à l'exploitation d'un commerce. On y fait aussi rentrer, de la même façon,

---

(1) Demolombe. *Des Biens*, t. I, n° 274. — Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. II, p. 22, note 61.

(2) Cassation, 31 juillet 1879. D. P. 1880. 1. 273. S. 1880. 1. 409 ; 9 décembre 1885. D. P. 1886. 1. 125. S. 1886. 1. 201 ; 2 août 1886. D. P. 1887. 1. 293. S. 1886. 1. 417.— M. Planiol paraît s'y rallier tout en constatant que cette théorie est en dehors des prévisions littérales du texte. Planiol. *Cours de Droit civil*, 2e édition, I, n° 802, p. 310.

(3) Lèbre. *Op. cit.*, p. 8 et 217. — Catalan. *Op. cit.*, p. 57. — Nantet. *Op. cit.*, p. 31.— Toulouse, 15 mai 1879. D. P. 1879. 2. 176. S. 1880. 2. 231.

(4) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, n° 245, p. 181. — *Pandectes françaises*, v° Fonds de commerce, n°s 221 et 1168.

(5) Pouillet. *Op. cit.*, n° 98. — Ruben de Couder. *Op. cit.*, v° Marques, n° 82. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, n° 239, p. 177.

(6) Pouillet. *Traité des dessins et modèles industriels*, n° 107. — *Pandectes françaises*, v° Fonds de commerce, n° 101.

les médailles et récompenses (1), accordées à une entreprise commerciale, à l'exclusion de celles qui seraient octroyées à la personne du commerçant qui la dirige.

Sur le point de savoir si l'on doit comprendre la correspondance commerciale dans le fonds, la jurisprudence est encore bien peu fixée (2) ; toutefois elle refuse généralement d'y incorporer les livres de commerce (3).

Mais, comme l'usage en France n'est pas de comprendre les créances et les dettes, nées à l'occasion du commerce dans la cession du fonds, la doctrine et la jurisprudence se gardent bien en général de les y englober (4). Les tribunaux, il est vrai, ont eu très peu d'occasions de se prononcer sur ce point (5) ; ils ont donné quelquefois des solutions qui sem-

---

(1) Ruben de Couder. *Op. cit.*, v° Fonds de commerce, n° 31. — Tribunal de commerce de la Seine, 5 mars 1898. *Gazette du Palais*, 1898. 2. 35. — Bourges, 23 décembre 1896. *Annales de Droit commercial*, 1897, p. 213. — Gombeaux. *Op. cit.*, p. 230.

(2) Affirm. : Cass., 10 avril 1866. S. 1866. 1. 251. D. P. 1866. 1. 342. Paris, 21 novembre 1893. D. P. 1894. 2. 93. — Nég. : Rouen, 28 octobre 1892. *Gazette du Palais*, Tables, 1892-1897, v° Lettres, n°s 9 et 10.

(3) Tribunal de commerce de la Seine, 19 novembre 1896. *Journal des tribunaux de commerce*, 1898, p. 194. — Tribunal de commerce de la Seine, 29 septembre 1897. *Journal des tribunaux de commerce*, 1899, p. 152. — Gombeaux. *Op. cit.*, p. 232.

(4) Voir toutefois : Proudhon. *Op. cit.*, t. II, n° 1010, p. 470, et t. IV, n° 1851, p. 53. — J. Valery. *Des Contrats par correspondance*, n° 263 *bis*, p. 243 et suiv. — Dalloz. *Répertoire*, v° Disp. testam., n° 2592 et note (arrêt de Paris, 12 avril 1833). — En sens contraire : Laurent. *Principes de Droit civil*, t. VI, n° 417. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, n° 245. — Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. II, p. 740, texte et note 5. — Thaller. *Traité de Droit commercial*, 2e édition, n° 86, p. 66.

(5) Lyon, 31 octobre 1889. *Annales de Droit commercial*, 1890, p. 47.

blent se rattacher à une conception de ce genre : mais ces solutions sont ordinairement inspirées par des considérations particulières et s'expliquent sans qu'on ait besoin de recourir à cette idée. Ainsi la suspension de paiement, à laquelle est subordonnée la faillite, doit affecter les dettes commerciales et non les dettes civiles (1), la faillite étant créée spécialement à propos des relations commerciales : mais la distinction cesse dès que la faillite est déclarée. Il en pourrait être de même des décisions de la jurisprudence qui permettent plusieurs déclarations de faillite s'il y a plusieurs établissements : cependant ce n'est là qu'une simple question de procédure ; il n'y a pas pour autant un gage spécial aux créanciers respectifs de chacune des entreprises commerciales (2).

Il paraît bien qu'il faut en dire autant de toutes les promesses d'obligations, de tous les contrats synallagmatiques, de tous les liens juridiques d'une nature quelconque dans lesquels se trouve engagé le cédant au moment de la transmission du fonds.

Mais si on s'accorde à reconnaître parmi tous ces éléments une prédominance marquée à l'achalandage, on est aussi assez généralement disposé à n'attribuer qu'un rôle très secondaire au matériel et surtout aux marchandises dans les établissements

---

(1) Bravard-Veyrières et Demangeat. *Traité de Droit commercial*, 2e édition, p. 19-20. — Ruben de Couder. *Op. cit.*, v° Faillite, n° 51. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 2e édition, t. VII, n° 62. — Riom, 2 février 1898. S. 1898. 2. 104. — En sens contraire : Renouard. *Traité des faillites et banqueroutes*, 3e édition, t. I, p. 274 et suiv.

(2) Bravard-Veyrières. *Op. cit.*, t. V, p. 43. — Boistel. *Op. cit.*, n° 896. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 2e édition, t. VII, n° 76.

commerciaux dont l'exploitation en comporte. On ne les exclut pas pour autant de la notion courante de fonds de commerce, mais on les traite d'accessoires.

Un commerçant, propriétaire d'un fonds de commerce de ce genre, peut, en effet, vendre ces objets, les liquider, les céder en bloc sans pour autant aliéner son fonds. S'il veut continuer son commerce, il pourra les remplacer par d'autres analogues, qu'il lui sera facile de trouver dans la circulation, sans altérer la valeur primitive de son fonds. Il n'en est pas de même des précédents éléments dont aucun ne peut être remplacé par un autre du même genre, — nous ne disons pas identique, parce qu'il est difficile de supposer qu'il en existe, — sans qu'il en résulte, au moins, une transformation de l'individualité du fonds et partant de sa valeur. Un semblable établissement ne peut pas évidemment entrer en fonctionnement sans le concours d'un matériel et de marchandises, mais sa valeur absolue n'est pas augmentée du chef des services qu'ils lui rendent et leur valeur intrinsèque propre ne subit pas réciproquement de plus-value du fait de leur installation dans cet établissement.

Aussi quelques auteurs (1) semblent-ils assez dis-

---

(1) Labori et Ruben de Couder cités plus loin. — Montier. *Du Nantissement des fonds de commerce*, n° 52 et suiv — Tribunal de commerce d'Angers, 7 décembre 1900. D. P. 1901. 2. 97. 9e espèce. — Tribunal de commerce du Havre, 31 mai 1899. *Gazette du Palais*, 1899. 2. 382. — Tribunal de commerce de Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900. D. P. 1901. 2. 97. 10e espèce. — Tribunal de commerce de Poitiers, 3 juillet 1901. *Journal des Faillites*, 1901, p. 405.

posés, à l'heure actuelle, à exclure complètement les marchandises, sinon le matériel, du nombre des éléments du fonds. En pratique, d'ailleurs, quand un individu se rend acquéreur d'un fonds de commerce, ce qu'il recherche avant tout dans cette opération, c'est la clientèle, l'enseigne, le pas commercial qui ont assuré à son prédécesseur le succès et la fortune. Quant aux marchandises qui en dépendent, il lui est bien souvent indifférent de les acquérir. Si le plus fréquemment ces éléments sont compris dans les cessions de fonds, c'est d'un côté que le vendeur en fait tacitement une condition *sine qua non* de la cession et c'est, de l'autre, que l'acheteur trouve plus expéditif et plus commode de s'en rendre propriétaire.

Au surplus, — et cette observation a plus d'importance qu'on ne veut ordinairement lui en attribuer, — il est d'usage en France, dans toutes les transmissions de fonds, de fixer un prix séparé pour les marchandises et pour les autres éléments du fonds. N'est-ce pas une preuve que, dans le langage usuel, le mot de « fonds de commerce » est exclusif des marchandises qui peuvent lui être adjointes ?

Cette tendance paraît traduite dans la définition donnée du fonds de commerce par Me Labori : « Le fonds de commerce est l'ensemble des éléments qui constituent à l'égard des tiers la personnalité d'un établissement commercial ou industriel et servent à son exploitation. En réalité, l'essence du fonds, c'est l'achalandage avec le plus souvent la désignation sous laquelle l'établissement est connu, les marques, qui caractérisent ses produits ; d'une façon

générale, tout ce qui le distingue pour la clientèle et la rattache à lui. Le matériel de l'exploitation est d'ordinaire compris dans le fonds, mais il n'en est qu'un élément accessoire et séparable. On s'imagine même des fonds de commerce sans matériel et réduits simplement à la clientèle : il en est ainsi pour certains intermédiaires qui exercent le commerce dans leur appartement. Les marchandises, en cours de fabrication ou prêtes pour la vente, font en principe corps avec le fonds, mais elles en pourraient être confondues avec lui : l'article 17 de la loi du 28 février 1872 les en a différenciées nettement pour l'application des droits de mutation (1). »

Ne conviendrait-il même pas d'aller plus loin et de fixer une condition analogue au matériel ?

A notre époque, il est vrai, l'emploi de machines puissantes et d'outils mécaniques coûteux est devenu indispensable à une foule d'exploitations ; mais quelle que soit leur valeur, souvent bien supérieure à celle des éléments du fonds auquel ils sont attachés, ils n'en conservent pas moins leur caractère d'objets facilement séparables de ce fonds et susceptibles d'être remplacés par un autre pareil sans aucun dommage pour lui. On conçoit donc que, comme les marchandises, ils restent distincts du fonds, tout en étant destinés par la force des choses à en suivre le sort.

Au reste, tous les motifs qui dictent cette solution

---

(1) Labori. *Répertoire encyclopédique de Droit français*, v° Fonds de commerce. — Dans le même sens : Ruben de Couder. *Op. cit.*, v° Fonds de commerce, n° 2.

pour les marchandises peuvent être invoqués ici. Ainsi, bien souvent, dans les ventes de fonds, on fixe un prix séparé pour le matériel cédé, comme on le fait pour les marchandises. Si, dans la majorité des cas, un seul prix est établi pour les éléments essentiels et principaux du fonds et pour le matériel destiné à son exploitation, cela ne prouve pas qu'ils composent une seule et même chose. On en use ainsi par esprit de simplification et d'économie : pour éviter des frais d'expertise et d'inventaire inutiles, on se contente de fixer un prix à forfait pour le tout, mais il est certain que, dans l'esprit des co-contractants, ce prix se détermine par une appréciation distincte de la valeur du fonds d'un côté, et du matériel de l'autre.

Cette manière de voir semble attirer aujourd'hui l'attention; on en trouve des traces bien nettes, quoique peu précises, dans certains arrêts. Une décision toute récente de la Cour de Paris, du 22 mai 1901, dit notamment que « le fonds de commerce se compose presque exclusivement non des objets mobiliers et des marchandises le garnissant, mais de l'enseigne, de la clientèle, de l'achalandage et du droit au bail dans un immeuble plus ou moins bien situé (1) ».

Pour nous, contrairement à l'interprétation aujourd'hui dominante, il nous paraît plus franc et plus juste de dire que le matériel et les marchandises

---

(1) Cour de Paris. Arrêt du 22 mai 1901. *La Loi* du 10 octobre 1901 et des 20 et 21 février 1903. Voir aussi un arrêt de la Cour d'Amiens du 7 juillet 1900 encore plus explicite. D. P. 1901. 2. 97, 4e espèce.

d'un fonds de commerce sont des accessoires, au sens exact du mot ; ils s'adjoignent au fonds sans s'y incorporer.

Cette qualité suffit, d'ailleurs, à faire participer ces éléments à la vie juridique du fonds : *accessorium sequitur principale.* Le matériel y est peut-être plus intimement mêlé que les marchandises, parce qu'il est fixé au fonds à demeure. Pourtant, à un point de vue strict, sa situation, par rapport à lui, est la même ; si l'on en exclut celles-ci, il faut en exclure aussi celui-là.

Il conviendrait donc de ne faire état, dans la détermination du fonds de commerce, que des éléments principaux, en vérité tous incorporels. Mais, pour autant, cette notion reste toute relative et son étendue se maintient variable entre un minimum et un maximum, suivant la nature du commerce exercé, suivant l'époque à laquelle on considère un fonds donné, suivant la volonté du propriétaire. C'est donc avec beaucoup de raison que M. Catalan en donne cette définition : « Le fonds de commerce est un ensemble d'éléments qui marquent l'état d'une exploitation commerciale (1). » Nous la préciserons en disant : *C'est un ensemble de droits mobiliers incorporels qui marquent l'état d'une exploitation commerciale et dont le nombre, pouvant osciller entre un minimum et un maximum, est déterminé par la nature de cette exploitation, suivant le moment où on le considère et d'après la volonté du propriétaire. Le minimum dont peut se composer le fonds*

(1) Catalan. *Op. cit.*, p. 62.

de commerce est en quelque sorte son essence et comprend l'achalandage et le nom commercial. Le maximum d'amplitude de cette notion est atteint par la réunion de tous les droits incorporels mobiliers qui, à l'exception des créances actives et passives, peuvent contribuer au fonctionnement, assurer le succès et la prospérité des entreprises les plus variées.

§ II. — *La notion juridique du fonds de commerce.*

Lorsqu'on est arrivé à fixer dans un sens ou dans l'autre quels sont les éléments qui peuvent être rangés dans l'appellation de fonds de commerce, la définition juridique du fonds de commerce n'est pas pour autant établie. Chacun des éléments qui le constituent sont intimement unis entre eux dans un but commun ; ils ont en quelque sorte une existence solidaire. Les résultats économiques obtenus par leur ensemble, leur valeur globale, par conséquent, sont bien supérieurs aux résultats obtenus, aux valeurs représentées par chacun d'eux isolément et respectivement additionnés. Le propriétaire reste libre de les séparer dans la mesure où leur nature s'y prête ; mais il est tangible que la suppression ou la détermination de l'un d'eux nuit au tout.

Ces considérations donnent à penser qu'il y a dans le fonds de commerce quelque chose de plus qu'une simple universalité de fait. Mais alors quelle

expression juridique convient-il de donner au lien économique qui unit toutes les parties de cette agglomération de valeurs ?

Bien des auteurs l'ont recherchée. Certains ont affirmé l'avoir trouvée dans les théories à la fois savantes et compliquées de la personnalité morale ou de l'universalité de droit. D'autres ont prétendu l'avoir rencontrée dans des concepts plus spéculatifs que juridiques, comme celui du patrimoine, sujet de droits.

Il n'est pas inutile de dire dès maintenant que ces doctrines nous viennent d'Allemagne où, d'ailleurs, elles n'ont pas eu grand succès ; leur multiplicité, aussi bien que leur commune origine, ne doit pas nous étonner beaucoup, lorsqu'on connaît, d'une part, l'esprit de systématisation du droit allemand et lorsqu'on sait, d'autre part, que la notion allemande du fonds de commerce est plus large que la nôtre.

Réserve faite de la conception du fonds de commerce comme universalité juridique, toutes ces idées n'ont suscité chez nous qu'un intérêt de curiosité. Sans nous étendre sur leur exposé et leur réfutation, il nous semble bon de les rappeler, ne fut-ce que pour les écarter et n'y plus revenir.

La plus absolue de ces théories (1) voit le fonds de commerce pourvu de tous les attributs de la personnalité morale. Proposée par Hassenpflug en 1827, elle a reçu sa forme définitive de W. Endemann. D'après elle, le fonds de commerce est une valeur

---

(1) Gombeaux. *Op. cit.*, p. 15. — Gaudemet. *Op. cit.*, p. 489-491. — Catalan. *Op. cit.*, p. 19-24.

économique indépendante du reste du patrimoine du négociant. A cette indépendance économique, à laquelle elle conclut par une observation superficielle, elle veut faire correspondre une autonomie juridique. Elle prétend appliquer cette manière de voir, non seulement aux sociétés où elle se justifie par la force des choses, mais encore au petit commerce. Il en résulte une sorte de séparation de patrimoines entre les biens propres du commerçant et ceux qui servent à son commerce. Le fonds a une vie, un domicile, une individualité particulières; les dettes et les créances auxquelles son exploitation donne lieu sont transmises avec lui; c'est d'ailleurs le résultat voulu. A tout prendre même, ce n'est pas le fonds qui est transmis, c'est le négociant qui est changé; et, dans cette conception, il devient le premier employé de son fonds.

Toutes autres critiques mises à part, on peut écarter ce système par une seule observation. En France notamment, comme du reste en Allemagne, la loi seule peut créer des personnes morales. Or, elle n'a pas créé celle-là.

Une seconde théorie, également allemande, frappée des conséquences auxquelles conduisaient fatalement ces vues hardies, étonnée peut-être et avec juste raison de voir la personnalité morale proclamée uniquement sur la base d'une indépendance économique, s'est arrêtée à cette observation, et s'est plue ensuite à considérer cette valeur économique autonome comme un patrimoine particulier, auquel l'identité de destination assure une vie juridique indépendante. C'est en somme une application

de cette doctrine essentiellement allemande, qui plane au-dessus de la théorie du fonds de commerce et qui considère que certains patrimoines peuvent être dits sujets de droits, sans pour cela avoir besoin de titulaires. Les patrimoines, susceptibles d'être rangés dans cette catégorie, sont ceux dont tous les biens ont une destination commune : *Zweckvermögen*. Telle est l'idée appliquée par Bekker aux fonds de commerce (1). On retrouve alors ici les conséquences pratiques qui découlent du premier système : une séparation de patrimoine dans les biens du commerçant, et, en cas de cession sans réserve, une transmission, de plein droit, avec le fonds, des créances actives et passives dépendant de son exploitation.

Remarquons, en passant, qu'un résultat analogue serait obtenu par l'adaptation aux fonds de commerce de la théorie de M. Saleilles sur les patrimoines d'affectation (2). Cette théorie, qui rayonne également au-dessus du fonds de commerce, est, comme le système allemand des patrimoines sans titulaires, une des manifestations de la tendance actuelle (3) à

---

(1) Gombeaux. *Op. cit.*, p. 18-25. — Gaudemet *Op. cit.*, p. 487-489. — Catalan. *Op. cit.*, p. 24-25.

(2) Saleilles. *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, Paris, 1890, p. 146. *Note* sous Dijon, 30 juin 1893, S. 1894. 2. 185. *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite par actions : Annales de Droit commercial*, 1897, n° 61, p. 39 et suiv. — Magnin. *Essai sur le nantissement de fonds de commerce et les résultats de la loi du 1er mars 1898 : Annales de Droit commercial*, 1899, p. 469-470. — *Cf.* Planiol. *Traité élém. de Droit civil*, 2e édition, t. I, n° 859, p. 327-328.

(3) Thiry. *Les sociétés civiles sont-elles des personnes juridiques ? Revue critique*, 1854, p. 412 et suiv. — Mongin. *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité morale : Revue*

rendre inutile la fiction de la personnalité morale ; elle a pour but de rendre compte de la situation juridique de certaines universalités de biens qui n'appartiennent pas à des personnes de droit. Actuellement, ce ne peut être qu'une conception à proposer au législateur. Néanmoins, on ne peut penser à s'y arrêter en ce qui concerne particulièrement le fonds de commerce : car, sans aller plus loin, il faudrait au moins que l'affectation fût portée à la connaissance des tiers. D'ailleurs, cette publicité constituerait-elle seulement une garantie suffisante pour les créanciers ? Rien n'est plus simple que de dissimuler la fortune mobilière ; or, il serait si facile au commerçant qui aurait la disposition de deux patrimoines, sans aucun contrôle, de faire passer, sous forme de mutation de valeurs, des éléments de l'un dans l'autre, et réciproquement, jusqu'à affaiblir son patrimoine commercial, au point de rendre illusoire le recours de ses créanciers.

En mettant de côté l'opinion de M. Saleilles appliquée au fonds de commerce et qui est, à l'heure actuelle, prématurée, ces théories ont été très froidement accueillies en Allemagne, où notamment, depuis le Code de commerce de 1897, on explique la transmission des dettes et des créances avec le fonds par une simple présomption de volonté, abstraction

---

critique, 1890, p. 697 et suiv. — Meynial. *Note* sous Cassation, 23 février 1891 et 2 mars 1892, S. 1892. 1. 73 et 497. — Planiol. *Traité élémentaire de Droit civil*, 2e édition, 1901, t. I, nos 1967 et suiv., p. 641 et suiv. *Note* sous Paris, 2 juin 1893, D. P. 1893. 2. 513. — F. Gény. *Méthode d'interprétation et sources en Droit civil privé positif*, 1899, no 65, p. 120.

faite des effets de leur transmission à l'égard des tiers. C'est assez dire qu'en France, où la notion économique du fonds de commerce est bien moins large, elles n'ont pas trouvé beaucoup de crédit.

Ce qui les a fait rejeter en Allemagne, c'est qu'elles conduisaient à des conséquences contraires aux principes du droit. Elles aboutissent toutes, en effet, à une séparation de patrimoines. Ce résultat entraîne d'abord la transmission forcée des dettes et des créances, nées à l'occasion du commerce avec celles du fonds ; en fait, les parties restent toujours libres de les réserver. Elles conduisent ensuite à décider que le patrimoine commercial constitue le gage exclusif des créanciers commerciaux et que le succès des poursuites de tous les créanciers, sans distinction, sur le patrimoine civil, est le prix de la course. Or, ces conséquences sont absolument contraires aux principes qui régissent la faillite (1). Si quelque chose d'analogue se passe dans les sociétés, c'est que la loi s'en explique formellement. Ces objections peuvent être soulevées en France avec autant d'à propos contre de pareils systèmes pour des raisons identiques et même avec d'autant plus de force que la transmission des créances et des dettes avec le fonds n'est pas dans nos habitudes.

Un autre système, préconisé aussi par quelques auteurs allemands (2), a eu en France un peu plus

---

(1) Gaudemet. *Op. cit.*, p. 488-489.
(2) Catalan. *Op. cit.*, p. 29-30. — Gombeaux. *Op. cit.*, p. 39-43.

de faveur (1). Il tombe, d'ailleurs, sous le coup des mêmes reproches que nous venons d'adresser aux conceptions précédentes. D'après lui, le fonds de commerce est une universalité juridique, c'est-à-dire un ensemble de biens, attaché tout au moins à un être de raison, ensemble qui a une existence et une nature juridiques, distinctes de celle des biens qui le composent et qui subsiste malgré la perte partielle ou la transformation de ces biens. Cet ensemble jouit d'une indépendance économique et juridique ; il se suffit à lui-même, il subvient seul à son entretien ; il est donc susceptible d'avoir un passif; c'est, en définitive, un tout formé de biens, de créances et de dettes ; il est assimilable à une succession universelle, entraînant, de plein droit, le transport des créances et des dettes sur la tête de l'acheteur du fonds. « C'est ainsi que le patrimoine d'une personne constitue une universalité de droit, c'est-à-dire un ensemble de biens qu'un même lien relie en quelque sorte et rattache à un centre commun et qui reçoit de l'unité même de la personne à laquelle il appartient le caractère d'unité juridique qui fait que les lois ont pu l'individualiser et, pour ainsi dire, le personnifier lui-même (2). »

---

(1) Proudhon. *Traité du Droit d'usufruit, d'usage et d'habitation*, Dijon, 1836, t. II, n° 1010, p. 469-470 ; n^{os} 1025-1026, p. 480-481 ; t. IV, n° 1851, p. 53. — Valery. *Contrats par correspondance*, Paris, 1895, n° 263 *bis*, p. 243 et suiv. — Boistel. *Précis de Droit commercial*, 4^{e} édition, 1890, n° 429, p. 294-296. — Fauchille. *Note* sous Cassation, 20 janvier 1886 : *Annales de Droit commercial*, t. II, 1886, p. 33. — Magnin. *Op. cit.* et *loc. cit.* — Nantet. *Des Fonds de commerce, leur mise en gage, leur vente*, thèse de Paris, 1899, p. 23.

(2) Demolombe. *Traité de la distinction des biens*, t. I, n° 62.

Cette conception est, elle aussi, inacceptable dans l'état actuel des textes, aussi bien en Allemagne qu'en France. On pourrait lui opposer que l'universalité juridique ou l'universalité de droit est une fiction qu'il ne faut admettre que devant une disposition légale formelle. Mais, en outre, elle conduit aussi, comme les systèmes précédents, à consacrer une séparation de patrimoines dans les biens du commerçant ; nous savons déjà que ce résultat est incompatible, et avec nos usages, et avec notre régime légal de la faillite.

M. Magnin affirme que, depuis la loi du 1er mars 1898, le fonds de commerce est bien une universalité juridique ; en réalité, cette loi n'édicte qu'une mesure de publicité et ne détruit aucune de nos objections qui restent entières.

Bien des auteurs français, il est vrai, — et c'est la majorité de ceux qui ont dit en France du fonds de commerce qu'il était une universalité juridique, — n'ont pas voulu entendre par là que le fonds de commerce est un patrimoine spécial, distinct, indépendant, assimilable à une hérédité. Pour eux, le mot d'universalité juridique, appliqué à l'hypothèse du fonds de commerce, signifie que cet ensemble de biens, qui le constituent, a une existence et une nature différentes de chacun d'eux, sans que pour autant le tout forme un patrimoine isolé et comprenne obligatoirement des créances et des dettes. Ils soutiennent, en d'autres termes, qu'une universalité juridique ne comprend pas forcément des créances et des dettes, s'appuyant sur ce que « rien, ni dans nos lois actuelles, ni dans

le droit romain ne justifie cette connexité qu'on veut établir entre la transmission d'une universalité et celle des créances et des dettes qui en dépendent (1) ». Le texte romain que l'on invoque à ce propos et qui vise la *taberna* romaine, admet bien, il est vrai, qu'un ensemble de choses peut constituer un tout distinct, mais il ne se prévaut pas du terme correspondant à celui d'universalité juridique pour le désigner. Quant à nos lois, elles sont bien muettes sur les universalités. Or, sous le nom d'universalité juridique, notre langage usuel de droit n'a jamais entendu désigner autre chose qu'un ensemble de biens ayant une existence différente de ces mêmes biens et indépendante de tous autres biens extérieurs, au point d'être seul responsable des actes accomplis à son occasion à l'égard des tiers qui ont, avec lui, des rapports juridiques. Si, à un moment donné de son existence, il ne comprend ni créances, ni dettes, il peut, il doit, si sa situation n'est pas stationnaire, en comprendre à un moment postérieur : car il assume seul les charges de sa propre gestion, comme seul il profite des bénéfices qu'elle procure.

On a répondu qu'il fallait distinguer entre l'universalité juridique et l'universalité de droit. L'universalité de droit désignerait un « ensemble de droits », mais comprendrait « des obligations corrélatives (2) ». L'universalité juridique serait « un bloc

---

(1) Alexandre Cerban. *De la constitution en gage des choses incorporelles*, thèse de Paris, 1897, p. 236 et suiv.

(2) Ruffelet. *Du Nantissement de fonds de commerce*, thèse de Caen, 1902, p. 35.

d'éléments divers, un tout parfaitement susceptible d'être traité d'une façon uniforme dans l'exécution d'un contrat (1) ».

L'explication est ingénieuse, mais il nous paraît bien que les deux expressions sont et ont toujours été synonymes et employées indifféremment l'une pour l'autre. Il vaudrait mieux alors, pour éviter une confusion, et si l'on s'arrête à cette dernière signification, dire simplement que le fonds de commerce forme un tout, une entité composée d'un certain nombre de valeurs et constituant une chose nouvelle. La pensée que l'on veut exprimer serait mieux rendue par un terme de ce genre que par celui d'universalité juridique.

Mais, avant d'insister davantage sur cette idée, il faut indiquer ici une conception du fonds de commerce, radicalement opposée à toutes celles que nous venons d'examiner, et qui, au moins jusqu'à la loi du 1er mars 1898, paraît avoir réuni la majorité des suffrages de la doctrine en France. Devant les résultats étranges auxquels conduisent ces constructions *a priori* dont M. Gény signale les dangers (2), on est, en effet, assez disposé à admettre que le fonds de commerce n'est autre chose qu'une universalité de fait.

Cette manière de voir a eu un assez grand succès en Allemagne et en Italie (3); chez nous, elle a été

---

(1) Ruffelet. *Op.* et *loc. cit.*
(2) Gény. *Op. cit.*, 2e partie, chap. II, n° 60 et suiv., p. 111 et suiv.
(3) Gombeaux. *Op. cit.*, p. 45 et 46.

admise par Aubry et Rau (1), par M. Thaller (2), et brillamment exposée par M. Wahl (3). D'après elle, bien qu'il y ait, entre les éléments du fonds de commerce, une certaine dépendance économique, ils coexistent sans aucune fusion. Si donc le négociant cède son fonds, il y aura autant de cessions différentes qu'il y a d'éléments cédés. S'il veut le donner en gage, il devra constituer autant de gages qu'il y a d'éléments divers qui y sont compris. Comme on peut affirmer *a priori* que les éléments du fonds sont à peu près toujours de nature différente, et comme les formalités de constitution du gage varient suivant la nature de l'objet, on conçoit aussitôt que, pour réaliser cet acte juridique, il va falloir satisfaire à des conditions multiples et qu'une scission va se produire entre les divers éléments du fonds. M. Wahl, à l'époque où il exposait ce système, avant la loi du 1er mars 1898, en constatait lui-même les conséquences désastreuses, mais inévitables, et il appelait de tous ses vœux l'intervention du législateur. Celui de 1898 a-t-il fait ce que l'on attendait ainsi de lui ? Il paraît bien, comme nous aurons l'occasion de le constater, que, s'il a pallié, en fait, certains de ses inconvénients, en matière de nantissement, il a laissé la question entière au point de vue juridique pur.

---

(1) Aubry et Rau. *Cours de Droit civil français*, t. II, 5e édition, p. 28 et 740, parag. 236, note 5.

(2) Thaller. *Annales de Droit commercial*, 1889, D. p. 221, et *Traité élémentaire de Droit commercial*, 2e édition, no 72 et suiv., p. 59 et suiv.

(3) Wahl. *Note*. S. 1897, 2. 89. — Dans le même sens : Lèbre. *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, p. 2-3.

Entre ces systèmes extrêmes, il semblait pourtant qu'il y eût place pour des systèmes mixtes. Devait-on faire aussi facilement litière de la dépendance relative des éléments du fonds et se pouvait-il que, dans notre droit en particulier, on n'y pût faire correspondre aucune situation juridique capable de l'exprimer? Beaucoup ne l'ont pas pensé. Les uns traitent le fonds d'universalité juridique en donnant à ce mot ce sens particulier que jusqu'alors on ne lui a jamais donné (1). D'autres l'appellent une *universitas facti et juris* (2). MM. Lyon-Caen et Renault (3) et M. Laurent (4) n'y voient qu'une universalité de fait, mais un meuble incorporel et non consumptible; c'est assez dire que, dans leur esprit, le fonds de commerce jouit d'une certaine unité, et, qui plus est, d'une unité juridique, puisqu'elle est capable de se réfléchir sur la nature de l'ensemble.

C'est à des conclusions analogues que la jurisprudence française tend de plus en plus à s'arrêter, sans donner, non plus, des contours bien nets aux caractères juridiques qu'elle attribue au fonds.

D'ailleurs, jusqu'à l'époque où les nantissements de fonds de commerce sont entrés dans la pratique, les arrêts ne donnent que des indications rares et

---

(1) Alexandre Cerban. *Op. cit.*, p. 336 et suiv. — Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. II, p. 39, note 31. — On peut en rapprocher : Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Des Biens*, parag. 169 et 583. — *Cf.* Gombeaux. *Op. cit.*, p. 238 et suiv.

(2) E. Vidari. *Corso di diritto commerciale* (compte rendu aux *Annales de Droit commercial*, 1894, p. 127).

(3) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, n° 240.

(4) Laurent. *Principes de Droit civil*, t. V, n° 513, et t. VI, n°s 419 et 420.

fort peu précises. Un très vieil arrêt de la Cour de Paris, du 12 avril 1833 (1), traite bien le fonds de commerce d'universalité juridique en donnant à ce mot son sens le plus absolu ; mais cette décision paraît être exceptionnelle et avoir été rendue sur la base d'une présomption de volonté. On trouve plus tard, il est vrai, certaines décisions réglant une question de compétence, en matière de vente de fonds de commerce : en général, les attributions des commissaires-priseurs comportent la vente des meubles corporels, mais non celle des meubles incorporels, pour laquelle les notaires sont exclusivement compétents ; il eût été bien peu pratique de faire vendre une portion des éléments du fonds par les premiers, une autre par les seconds. La jurisprudence décidait que la vente en serait faite, par les soins des uns ou des autres, suivant l'importance respective des éléments corporels ou incorporels (2). Mais il ne faut pas s'y tromper : à la base de cette solution, ne se trouve pas le caractère d'universalité juridique du fonds, mais seulement des considérations pratiques.

Un arrêt d'Aix du 28 mars 1878 (3), statuant en matière d'usufruit, dit « qu'un fonds de commerce de la nature de celui dont il s'agit dans la cause, constitue une universalité juridique comprenant

---

(1) Dalloz. *Répertoire*, v° Disp. test., n° 2592 et note.

(2) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 3e édition, t. III, n° 255. — Wahl. *Note*, S. 1897. 2. 89. — Cassation, 27 février 1826. S. 1825-1827. 1. 286. — Paris, 15 juin 1833. S. 1833. 2. 339. — Cassation, 23 mars 1836. S. 1836. 1. 161. 27 mai 1878. S. 1878. 1. 398.

(3) Sirey, 1878. 2. 265.

non seulement les ustensiles et les meubles servant à l'exploitation, les marchandises ou les approvisionnements *qui se renouvellent de telle sorte qu'à l'expiration de l'usufruit, il doit en être tenu compte par comparaison avec la valeur de ceux qui existaient lors de l'ouverture du droit,* mais encore et principalement l'achalandage, etc. »

Nous savons que l'expression d'universalité juridique, employée pour désigner le fonds ainsi conçu, est impropre, mais que, néanmoins, elle a pour but de faire apparaître l'existence d'un tout distinct au-dessus de chacun des éléments qui composent le fonds. Les réserves faites dans l'attendu de l'arrêt, que nous avons cité, détruisent en grande partie la portée de cette affirmation ; il en résulte une scission entre les divers éléments du fonds, quant à la façon dont il doit en être rendu compte au propriétaire. Cet arrêt semble ainsi se rattacher à une jurisprudence et à une doctrine, jusqu'alors assez bien établies, et qui fixaient comment l'usufruitier d'un fonds de commerce avait, à l'expiration de son droit, à en rendre compte au propriétaire (1). L'achalandage était à restituer dans l'état où il se trouvait sauf sa responsabilité ; le matériel d'exploitation devait être représenté, mais l'usufruitier restait tenu de l'obligation d'entretien s'il n'y avait pas pourvu ; quant aux marchandises, elles étaient traitées

(1) Cassation, 9 messidor an V. S. 1878. 2. 265, note. — Toulouse, 18 décembre 1832. S. 1833. 2. 209. — Marcadé. *Explication du Code civil,* 7e édition, Paris, 1873, sur l'article 587 du Code civil. — Demolombe. *De l'Usufruit,* t. II, n° 307. — Laurent. *Op. cit.*, t. VI, n° 423.

comme choses fongibles. C'est assez dire que l'on n'envisageait pas le fonds *in globo* et que l'on y faisait tout au moins des catégories.

Aussi Aubry et Rau, résumant une opinion défendue par un certain nombre d'anciens civilistes (1) et des plus éminents, n'hésitent-ils pas à déclarer que le fonds de commerce ne constitue, malgré sa nature particulière et bien qu'il puisse accidentellement renfermer des objets incorporels, qu'une universalité de fait (2). Et M. Lèbre, reprenant les termes mêmes d'Aubry et Rau, ajoute qu'il n'y a là qu'un *universum corpus* et non un *universum jus* (3).

Mais si le fonds de commerce est une universalité de fait, pourquoi nous dit-on que c'est un objet mobilier ? C'est peut-être une façon de dire que c'est un composé d'objets mobiliers. En tous cas, c'est une expression qui prête à confusion, puisque, par elle-même, elle indique dans le fonds une certaine unité.

Au reste, toute question de mots mise à part, le caractère mobilier du fonds est et a toujours été universellement reconnu (4). On arrive, en effet, à

---

(1) Proudhon. *Op. cit.*, t. II, nos 1025 à 1028, et t. IV, no 1851. — Troplong. *Du Contrat de mariage,* t. IV, 3160 à 3163. — Marcadé *Op. cit.*, sur l'article 581, no 2. — Demolombe. *De l'Usufruit,* t. II, no 307. — Laurent. *Op. cit.*, t. VI, p. 417 et suiv. — Ruben de Couder. *Dictionnaire de Droit commercial,* vo Fonds de commerce, no 1, p. 1.

(2) Aubry et Rau. *Op. cit.*, 5e édition, t. II, p. 740, parag. 236, note 5.

(3) Lèbre. *Traité théorique et pratique des fonds de commerce,* Paris, 1887, p. 2.

(4) Proudhon. *Traité du domaine de propriété,* Dijon, 1839, t. I, no 201, p. 245. — Duranton. *Cours de Droit français,* 3e édition, Paris, 1834, t. IV, no 164, et t. XIV, no 129. — Troplong. *Traité du contrat*

cette solution, quelque parti que l'on prenne sur la question de savoir si le fonds constitue un seul tout ou une simple agglomération de biens. Admettons que le fonds de commerce soit seulement une universalité de fait, il sera meuble parce qu'il sera uniquement composé d'objets mobiliers : c'est le motif qu'en donnent Aubry et Rau (1). Supposons que le fonds de commerce soit tenu pour universalité juridique, il sera meuble encore parce qu'indépendamment de ce premier motif, toute universalité de droit doit être, d'après la tendance générale du droit français (2), classée dans la catégorie des meubles. Une seule note reste discordante dans l'ensemble : elle est donnée par la théorie de l'immobilisation par destination commerciale. Il en résulte que certains éléments du fonds peuvent être de nature immobilière : mais cette théorie est toute récente encore et généralement rejetée ; en tous cas, elle ne paraît pas

---

de mariage, Paris, 1857, t. I, n° 414, et t. IV, n° 3160. — Rodière et Pont. *Traité du contrat de mariage*, 2e édition, Paris, 1868, t. I, n° 452. — Laurent. *Op. cit.*, t. V, n° 513. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Op. cit.*, n° 169. — Boistel. *Précis de Droit commercial*, 4e édition, n° 429, p. 294. — Fauchille. *Note* sous Cassation, 20 janvier 1886 : *Annales de Droit commercial*, 1886, p. 33. — Planiol. *Op. cit.*, 2e édition, t. I, n° 844, p 323. — Catalan. *Op. cit.*, p. 66. — Dalloz. *Répertoire*, v° Biens, n° 213. *Supplément*, *eodem verbo*, n° 43. *Répertoire*, v° Industrie et Commerce, n° 374. *Supplément*, *eodem verbo*, n° 493. — Paris, 8 février 1834, et Req., 2 janvier 1838. Dalloz. *Répertoire*, v° Priv. et Hyp., n° 338-1°. S. 1834. 2. 87. — Paris, 5 avril 1838 et 1er décembre 1834. Dalloz. *Répertoire*, v° Priv. et Hyp., n° 379, 3° et 4°. — Paris, 24 avril 1858. D. P. 1858. 2. 159. S. 1858. 2. 477. — Paris, 11 juin 1872. S. 1872. 2. 164. — Rouen, 20 mars 1879. S. 1880. 2. 195. — Paris, 25 juillet 1882. D. P. 1883. 2. 215. — Paris, 9 juillet 1885. D. P. 1886. 2. 261.

(1) Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. II, p. 28.

(2) Gombeaux. *Op. cit.*, p. 244.

avoir influé beaucoup jusqu'à aujourd'hui sur la détermination des caractères juridiques du fonds.

La détermination du caractère corporel ou incorporel du fonds de commerce a donné lieu à plus de difficultés. Pendant longtemps, il est vrai, il importa bien peu, en pratique, de donner au fonds une nature corporelle ou une nature incorporelle, ou encore de le dire mi-partie corporel, mi-partie incorporel. La seule question qu'on avait alors à trancher sur cette base, concernait la compétence des officiers ministériels en matière de ventes de fonds de commerce, et on pouvait très bien la résoudre, comme on le faisait, en s'appuyant sur la maxime : *Accessorium sequitur principale,* dont on a usé et abusé dans bien d'autres circonstances.

Aussi, en l'absence d'une utilité immédiate, paraît-on s'être abstenu un certain temps de donner ici une réponse précise. On était pris, en effet, dans un dilemme. Ou le fonds de commerce est une universalité juridique, et alors il a une nature uniquement mobilière et incorporelle, ou bien, c'est une universalité de fait, et alors, malgré la notion du bloc, on ne se sent pas suffisamment autorisé à lui donner une nature uniforme. On a dit (1) que Demolombe attribuait au fonds une nature incorporelle. En réalité, Demolombe ne visait alors que l'achalandage (2). Néanmoins, les décisions de la

---

(1) D. P. 1901. 2. 98, note Robert.

(2) Demolombe. *Traité des Biens,* t. I, n° 274. (Il cite un arrêt du 13 juillet 1840. Dev. 1840. 1. 586.) — Voir aussi : Cassation, 27 février 1826. S. 1825-1827. 1. 286, et Paris, 15 juin 1833. S. 1833. 2. 239.

jurisprudence, réglant la compétence des officiers ministériels, chargés de la vente du fonds, paraissent avoir influé de bonne heure sur les appréciations des arrêts ou des auteurs antérieurs au nantissement de fonds de commerce. Cette compétence était généralement réglée en faveur des notaires, puisque, dans la majorité des cas au moins, la prédominance appartient aux éléments immatériels du fonds. Aussi, le plus ordinairement, voyait-on dans le fonds un meuble incorporel pour le tout. C'est vers cette solution que l'on s'est acheminé de plus en plus de tous côtés, à mesure que le nantissement de fonds de commerce s'est imposé davantage, en cherchant, il est vrai, d'ailleurs sans grande explication ni justification précise, à lui donner une base, et plus juridique, et plus solide que celle que fournit la théorie du fonds de commerce, simple agglomération de valeurs.

En réalité, la réunion des éléments du fonds de commerce constitue plus qu'une universalité de fait : tout d'abord, ainsi que le remarquent Aubry et Rau, une *universitas facti* est généralement, sinon un ensemble de choses corporelles, au moins « d'objets semblables par leur nature constitutive ». Existe-t-il réunion d'objets plus disparates que celle qui nous occupe maintenant ? Il y a plus. Ainsi que le souligne M. Catalan, « un fonds de commerce, dans la notion spéciale qu'exprime le mot, se présente comme un ensemble de valeurs de nature diverse groupées par une idée d'exploitation commerciale, concourant entre elles pour une fonction commune et, de ce chef, exerçant

les unes sur les autres une certaine réaction de valeurs (1) ».

Cette idée de *réaction de valeurs* entre les éléments du fonds, semble devoir être féconde en conséquences même juridiques. Elle permet de considérer le fonds, économiquement parlant, comme un tout distinct de ses parties, existant par la réunion et la collaboration de chacune d'elles, toujours identique à lui-même malgré leurs transformations respectives, pouvant souffrir de la disparition de celles qui ne sont pas essentielles à sa vie sans mourir lui-même et cessant d'être du jour où ses éléments vitaux se sont eux-mêmes anéantis. Tant que ces éléments sont réunis, leur individualité est absorbée dans celle de l'ensemble. Mais rien n'empêche le propriétaire du fonds de les dissocier; le fonds de commerce se comportera alors de façon différente suivant qu'on lui enlèvera ses organes vitaux ou ses parties accessoires. Cette explication rend donc un compte fort exact de ce qui se passe en réalité.

Or cette chose nouvelle, le fonds de commerce, n'est-elle pas une chose de droit. Notre Code civil a entendu soumettre à ses règles toutes les choses susceptibles d'appropriation, et celle-là en est une. Nous n'avons pas besoin que notre loi désigne le fonds de commerce comme *universitas* (2) : ce n'est pas ce titre qui en fait un tout; il l'est déjà par lui-même et par l'usage, économiquement comme

(1) Catalan. *Op. cit.*, p. 92. — Gaudemet (E.). Compte rendu de l'étude de M. Catalan précitée : *Annales de Droit commercial*, 1900, p. 318 et suiv.

(2) Alexandre Cerban. *Op. cit.*, p. 240-241.

juridiquement : rien ne s'y oppose et tout l'impose (1).

C'est à cette notion que semble bien se réduire l'universalité juridique que l'on voulait attribuer au fonds de commerce; l'idée paraît analogue, si l'expression diffère; mais elle n'est pas identique : cela suffit pour justifier la distinction que nous essayons d'établir.

Mais alors, quels sont les caractères juridiques de ce nouvel objet de droit? Si l'on admet que le fonds de commerce est un ensemble de droits mobiliers incorporels, on peut le dire meuble incorporel lui-même. Si, au contraire, on veut, à tout prix, y incorporer l'outillage, le matériel et même les marchandises, on pourra toujours le traiter comme meuble puisqu'il en est uniquement composé.

Mais il sera plus difficile d'affirmer sa corporalité ou son incorporalité; car, incorporel de son essence, il a une manifestation apparente; pourquoi alors ne pas lui attribuer une nature mixte? Nous ne comprenons guère des biens de cette nature, non seulement parce que la loi ne les a pas prévus, mais encore, et beaucoup plus, parce qu'il nous semble impossible d'imaginer une chose qui réunisse en elle-même ces deux caractères inconciliables.

Quant à nous, nous nous en tiendrons à notre détermination première, avec cette remarque que cet ensemble de droits mobiliers incorporels est

---

(1) En ce sens : Charles Simon. *Le Fonds de commerce*, thèse de Paris, 1898, p. 25-30.

bien à son tour une entité, une chose nouvelle, de nature mobilière et incorporelle.

Apparemment, ce doit être là le terme final de l'évolution, en France, de la notion juridique du fonds de commerce, dont les diverses phases sont assez bien marquées déjà par celles de l'histoire des nantissements de fonds de commerce qui ont acquis définitivement droit de cité chez nous de par la loi du 1er mars 1898.

Aussi n'était-il pas indifférent, — et nous aurons encore bien des occasions de nous en convaincre plus tard, — de nous arrêter quelque peu à esquisser la physionomie juridique du fonds de commerce, à indiquer ce qu'elle est et ce qu'elle doit être, avant de nous consacrer uniquement à l'étude des nantissements de fonds de commerce que nous abordons maintenant.

La loi du 1er mars 1898 en est évidemment le point central; nous diviserons donc notre travail en trois parties :

Le nantissement de fonds de commerce avant la loi du 1er mars 1898;

Le nantissement de fonds de commerce sous l'empire de la loi du 1er mars 1898;

Inconvénients de la loi du 1er mars 1898. Sa réformation.

PREMIÈRE PARTIE

LE NANTISSEMENT DE FONDS DE COMMERCE

Avant la loi du 1er mars 1898.

C'est avec infiniment de raison que J.-B. Say a dit que « le crédit est l'âme du commerce et seul vivifie l'industrie ». L'expérience générale le démontre surabondamment. Donner au crédit une base solide, c'est donc, en même temps, établir les assises de la prospérité commerciale. Pour arriver à ce résultat, il importe d'organiser un bon système de garanties, personnelles ou réelles. Si l'on diminue la valeur des garanties personnelles, il faut, par contre, augmenter le nombre et l'importance des sûretés réelles. Aussi l'utilité de ces dernières est-elle allée en s'accentuant jusqu'à nos jours !

Les peuples anciens, même à l'apogée de leur civilisation, n'ont pas connu ce besoin de crédit réel au

degré où nous l'éprouvons à notre époque. C'est que, surtout quand la bonne foi ne fut plus une garantie suffisante de l'exécution des obligations, ils purent trouver une protection efficace dans les sûretés personnelles que leur législation respective organisait. A Rome, les voies d'exécution sur la personne donnaient une sanction énergique aux droits du créancier. D'ailleurs, si le commerce a été florissant chez plusieurs peuples anciens, comme à Rome à certaines époques, il était loin encore d'atteindre l'importance que nous lui connaissons maintenant dans la majorité des nations civilisées.

Le développement de la civilisation, l'augmentation des relations entre habitants de contrées distinctes et même de nationalités différentes, la régularité des communications sont venues aider à l'accroissement des relations commerciales, à la multiplication des rapports juridiques entre individus, auparavant étrangers les uns aux autres. C'est surtout depuis l'avènement de la vapeur et de l'électricité, qui ont révolutionné le commerce et l'industrie, depuis l'installation des chemins de fer qui ont facilité les transports, que les échanges commerciaux se sont augmentés dans des proportions prodigieuses. D'autre part, le régime de la libre concurrence aidant, le succès se trouve forcément appartenir, entre plusieurs commerçants rivaux, à celui qui possède les plus fortes avances ou qui fournit le plus de garanties immédiates. La bonne foi d'un commerçant a beau être incontestable, des revers de fortune peuvent l'atteindre ; et, en cas de faillite, les plus belles promesses ne valent pas de bonnes sûretés.

Ce besoin impérieux et croissant de garanties s'est trouvé correspondre, de nos jours, à une diminution de la valeur intrinsèque des garanties personnelles. La contrainte par corps, ce vieux reste des anciennes voies d'exécution sur la personne, est, en effet, abolie en France, depuis la loi du 22 juillet 1867.

Aussi, actuellement, le commerçant qui se trouve momentanément privé de disponibilités suffisantes, ne peut-il trouver de crédit appréciable qu'en fournissant des garanties réelles. Or, la fortune du commerçant, de celui surtout qui a besoin de crédit, étant le plus ordinairement composée de meubles, ce sont ces meubles qui, seuls, peuvent les lui fournir.

Le problème de l'organisation du crédit réel mobilier est donc devenu aussi urgent à résoudre en matière commerciale qu'en matière agricole où il est posé déjà depuis longtemps. Le Code civil, en effet, n'a organisé ce genre de crédit que d'une façon rudimentaire; pour lui, les meubles ne sont susceptibles que d'une mise en gage. Bien plus, suivant la tradition de notre ancien droit, qui ne voyait le gage que d'un œil défavorable, il a réglé fort sommairement cette matière. Le Code de commerce lui-même a suivi ces errements ; il n'a pas même songé un instant à s'occuper du gage commercial, bien que les formalités de constitution et de réalisation du gage, établies par le Code civil, soient souvent très onéreuses et très gênantes pour le commerce.

Les progrès du commerce, le besoin de capitaux et de crédit firent vivement sentir la nécessité de combler cette dernière lacune. De là naquirent la loi

du 28 mai 1858 sur les magasins généraux et les warrants, et la loi du 23 mai 1863 sur le gage commercial, modifiant les articles 91 et 92 du Code de commerce.

Mais cette législation était encore bien insuffisante et ne pouvait satisfaire aux exigences croissantes du commerce. La condition essentielle et principale de l'existence d'un nantissement en droit français, à savoir la tradition de l'objet engagé aux mains du créancier gagiste, restait imposée. Or, cette dépossession est bien souvent, pour le débiteur, une grande gêne puisqu'elle le prive de la jouissance de la chose. C'était le cas pour le fonds de commerce.

Il n'y a donc pas lieu de s'étonner qu'on ait tenté de tourner la loi pour essayer d'en faire un instrument de crédit utile. Profitant, en effet, d'une part, des obscurités, des lacunes même de nos textes touchant la mise en gage des choses incorporelles, et, d'autre part, de l'indétermination de la notion de fonds de commerce, la pratique commerciale en est venue à penser que la loi était respectée, s'il n'était procédé, dans une mise en gage de fonds de commerce, qu'à une tradition symbolique de cet objet au créancier gagiste, le débiteur en gardant la possession effective.

L'histoire des nantissements de fonds de commerce avant la loi du 1er mars 1898, qui les réglemente fort sommairement, peut se diviser en deux phases bien distinctes : une première qui s'étend depuis la manifestation des besoins que nous venons d'indiquer jusqu'à un arrêt de la Chambre des requêtes du 13 mars 1888 ; pendant cette phase, on

paraît bien s'accorder, tacitement au moins, à exiger la dépossession effective du débiteur qui constitue son fonds en gage. La seconde a pour point de départ l'arrêt déjà cité et s'étend jusqu'à la loi de 1898. C'est de là que date véritablement la pratique des nantissements de fonds de commerce.

CHAPITRE PREMIER.

Le nantissement de fonds de commerce avant l'arrêt du 13 mars 1888.

Il ne semble pas qu'il fût venu, à l'époque où nous nous plaçons, à l'esprit d'un auteur quelconque de se demander si un fonds de commerce, valeur de création nouvelle, dont l'étude juridique avait toujours été laissée dans l'ombre, pouvait être donné en gage, sans déplacement de la possession effective du débiteur au créancier gagiste. C'est apparemment un commerçant de bon sens qui, le premier, a vu là, à tort ou à raison, un champ nouveau à son activité, une nouvelle variété de rapports juridiques à établir pour en tirer utilité et peut-être profit. Aussi, c'est dans la jurisprudence que l'on trouve la première trace de cette idée, neuve et pratique, mais que le Code civil n'a certainement pas connue.

Le premier arrêt, le seul peut-être intéressant

la question avant la décision mémorable du 13 mars 1888, à laquelle nous arriverons bientôt, fut rendu par la Cour de Paris le 26 juillet 1851 (1).

Dans l'espèce, il s'agissait d'un boulanger qui avait donné en gage à un de ses prêteurs son numéro, c'est-à-dire la permission de police nécessaire à l'exercice de sa profession et, en même temps, son fonds de commerce comprenant notamment un achalandage. Mais le constituant avait tenu à rester à la tête de son exploitation ; le prêteur avait donc dû se contenter de la possession de ce numéro et du titre d'acquisition du fonds ; toutefois, des significations de ce gage avaient été faites au préfet de police et au syndicat de la boulangerie. A la faillite, ce créancier gagiste estima pouvoir se faire payer sur le prix du fonds comme privilégié. Sa prétention ne fut pas accueillie par la Cour de Paris.

« Attendu, dit-elle, que les seuls objets susceptibles d'être mis en gage sont ceux qui peuvent être transmis entre les mains du gagiste ; qu'il est de l'essence de ce contrat que cette tradition soit effectuée, et que le débiteur soit dessaisi ; que ces principes ne peuvent trouver leur application au cas dont il s'agit ; qu'en effet, le numéro ou la permission de police nécessaire pour l'exercice de l'industrie ne constitue qu'une faculté purement personnelle, dont le titulaire en exercice ne peut être un instant dessaisi... ; que les significations de la convention relative au gage, faites..., ne sauraient équivaloir à une tradition même symbolique... ; qu'en ce qui

(1) D. P. 1852. 2. 218.

touche le fonds de commerce ou l'achalandage..., le contrat de gage ne peut s'effectuer valablement, puisque l'industrie, comme dans l'espèce, n'a pas cessé d'être aux mains du débiteur et exercée par lui. »

Ainsi la Cour de Paris concluait à la nécessité du dessaisissement réel du constituant.

En conséquence, le commerçant qui, sous l'empire de cette interprétation, voulait tirer quelque crédit de son fonds de commerce, tout en restant à la tête de ses affaires, ne pouvait penser qu'à donner en gage le droit au bail des lieux par lui occupés, droit que l'analyse juridique ramène le plus communément aujourd'hui à un droit de créance.

Une vieille doctrine, que l'on trouve dans certaines décisions de la Cour de Paris (1) et dans quelques vieux auteurs (2), considérait pourtant le droit du preneur comme réel et par conséquent immobilier. Par suite, il était impossible de donner un droit au bail en nantissement.

De bonne heure, cependant, la jurisprudence et la doctrine, en général, sont revenues de ces errements. Le droit au bail est un droit personnel ; c'est une créance mobilière, un meuble incorporel (3). Pourtant, même avec ce caractère, il était apparu qu'un droit au bail ne pouvait être donné en nantisse-

---

(1) Cour de Paris, 24 juin 1858. D. P. 1859. 2. 217. — Cour de Paris, 29 mars 1860. D. P. 1860. 2. 185.

(2) Troplong. *Du Louage*, nos 491 et suiv. — Belime. *Traité de la possession*, no 309. — Dalloz. *Répertoire*, vo Louage, nos 485 et 486. — Ch. Royer. *Note* sous Paris, 29 mars 1860. D. P. 1860. 2. 185.

(3) Pour M. Colmet de Santerre, il y a là un droit immobilier quoique personnel. (Demante et Colmet de Santerre. *Cours analytique de Code civil*, 2e édition, t. VII, nos 198 *bis* II et suiv.)

ment que moyennant le dessaisissement effectif du constituant, la mise des lieux loués aux mains du créancier gagiste (1). La raison donnée était qu'à défaut de cette précaution, les autres créanciers, qui comptent sur la valeur de ce bail pour mesurer le crédit à accorder par eux au débiteur, seront trompés. Au point de vue de l'équité pure, il y aurait peut-être lieu de tenir compte de cette observation, mais il ne faut pas être plus exigeant que la loi qui se contente, pour la validité de la mise en gage des meubles incorporels, de la remise du titre qui les constate et dans lequel ils s'identifient le plus ordinairement, accompagnée de certaines formalités. Ces formalités sont insuffisantes, sans doute, pour avertir les tiers : c'est une lacune de notre loi (2).

La jurisprudence et la doctrine se sont donc fixées de bonne heure en ce sens, qu'il suffisait, pour la validité d'un tel gage, que l'acte de bail eût été remis au créancier gagiste et que l'acte de nantissement eût été signifié au bailleur, sans qu'il fût besoin d'une dépossession effective (3).

---

(1) Cour de Lyon, 1er décembre 1857, sous Cassation, 13 avril 1859. S. 1859. 1. 913, et Dalloz, 1859. 1. 167. *Journal du Palais*, 1860, p. 901 et suiv. (voir la note). — Tribunal de la Seine, 31 août 1865. D. P. 1867. 2. 10.

(2) Laurent. *Principes de Droit civil*, t. XXVIII, n° 461.

(3) Cass. civ., 3 avril 1859. S. 1859. 1. 913. D. P. 1859. 1. 167. — Grenoble, 4 janvier 1860. S. 1861. 2. 125. D. P. 1860. 2. 190. — Cass. Req., 6 mars 1861. S. 1861. 1. 713. D. P. 1861. 1. 418. — Paris, 31 mai 1866. S. 1866. 2. 315. D. P. 1867. 2. 10. — Paris, 21 juillet 1892. *Pandectes françaises*, 1893. 2. 197. — Aubry et Rau. *Op. cit.*, 4e édition, t. IV, parag. 432. — Pont. *Des petits Contrats*, t. II, n° 1133. — Laurent. *Op. cit.* et *loc. cit.* — Guillouard. *Traité du nantissement*, n° 52, p. 51 et 52. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Nantissement, privilèges et hypothèques*, t. I, n° 80.

Le nantissement d'un droit au bail dans un fonds de commerce ne constituait qu'une garantie très embarrassante et très difficile à réaliser ; il ne pouvait être aussi que nuisible au fonds, entraver sa circulation, l'entraîner peut-être dans la poursuite si elle eût été nécessaire sans la faillite, surtout amener sa perte ou sa réduction de valeur en l'obligeant de changer de place. Enfin, en limitant au droit au bail la possibilité d'un nantissement, on aboutissait à cette conséquence fâcheuse que tous les autres éléments du fonds, dont quelques-uns ont quelquefois une valeur plus importante, restaient impropres à procurer du crédit.

Avant d'aborder l'étude des mesures prises par une certaine jurisprudence, pour arriver, coûte que coûte, à permettre au commerce de tirer du fonds tout le crédit qu'il semblait susceptible de fournir, tout en le maintenant aux mains de son propriétaire, il nous paraît important d'apprécier ici l'arrêt du 26 février 1851 sous l'empire des textes du Code civil.

Une remarque préliminaire paraît nécessaire : l'objet principal du gage, dans l'espèce qui nous occupe, nous est déjà connu. Nous savons que, sauf quelques décisions de jurisprudence sans grande portée, et tout spécialement à l'époque où nous sommes placés, on le tenait, en général, pour une agglomération de biens ayant le caractère d'universalité de fait, de nature mobilière et presque toujours incorporelle.

La nature mobilière du fonds de commerce une fois établie, et, en laissant de côté provisoirement

le point de savoir quelles sont les qualités juridiques de ce meuble, un point est acquis, c'est que les sûretés réelles, qui peuvent être consenties directement sur le fonds de commerce, se restreignent à une seule variété : le gage.

Notre Code civil, en effet, prohibe en principe l'hypothèque des meubles. Sans mépriser cette catégorie de biens autant que notre ancien droit, il s'est pourtant encore trop largement inspiré, pour notre époque surtout, de la vieille maxime : *Res mobilis, res vilis.*

C'est cette considération qui, avant toutes autres, a poussé le législateur de 1804 à faire des immeubles la plus importante sinon l'unique source du crédit réel.

D'un autre côté, les meubles manquent d'assiette ; ils se déplacent trop facilement et, bien souvent, il est difficile d'établir leur identité. Ce sont là les motifs qui ont dicté l'article 2279, paragraphe 1^er^, du Code civil, d'après lequel les biens de cette catégorie ne sont pas susceptibles de suite. Dans ces conditions, un simple droit de préférence sur un objet de cette nature, détenu par un débiteur, paraît bien précaire. Ce sont ces raisons également qui empêchent l'organisation d'une publicité des droits réels mobiliers. Or, il n'y a pas de bon régime hypothécaire sans une publicité de ce genre. L'article 2279, paragraphe 1^er^, ne s'applique pas, il est vrai, aux créances et autres meubles incorporels. Toutefois, ces derniers, pas plus que les meubles corporels, n'ont de lien d'attache fixe ; l'établissement d'une publicité des droits réels constitués sur eux se heurte donc aux mêmes obstacles.

Telles sont les causes de l'exclusion de l'hypothèque mobilière dans notre droit et de l'admission du gage comme seul mode de sûretés réelles et conventionnelles sur les meubles. Avec le gage, le créancier est protégé contre le défaut de suite des meubles, puisqu'il est nanti de l'objet ; avec lui aussi, les tiers sont prévenus, la mise de l'objet grevé aux mains du créancier étant le meilleur mode de les prévenir.

Les meubles sont donc susceptibles de gage et tout meuble peut être mis en gage, pourvu qu'il soit dans le commerce et de nature à être possédé (1). *A priori,* il n'apparaissait donc pas qu'il existât un empêchement quelconque de mettre en gage un fonds de commerce. Mais lorsque l'on voulait appliquer à cet objet les principes généraux de nos Codes relatifs à la constitution du nantissement sur les objets et valeurs mobilières, on se trouvait en face de difficultés juridiques considérables.

Notre législation distingue particulièrement, les meubles, au point de vue du gage, en deux catégories : les meubles corporels d'un côté, les meubles incorporels de l'autre. Pour tous, elle pose d'abord une règle générale : le privilège, qui résulte pour le créancier gagiste de la mise en gage, « n'a lieu, dit l'article 2074 du Code civil, qu'autant qu'il y a acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que

---

(1) Guillouard. *Traité du nantissement,* nos 48 et 49. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, no 257. — Dalloz. *Répertoire,* vo Nantissement, no 68 ; *Supplément, eodem verbo,* no 32.

l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure.

» La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs. »

De plus, elle ajoute spécialement pour les meubles incorporels dans l'article 2075 du Code civil. « Le privilège, énoncé en l'article précédent, ne s'établit sur les meubles incorporels tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. »

A côté du gage civil, notre législation reconnaît encore, depuis la loi du 23 mai 1863, le gage commercial. Le gage commercial a été imaginé dans le but de simplifier le mécanisme du gage pour la commodité du commerce. Ainsi, dans le gage commercial, l'écrit exigé, en vue de la preuve du gage, par les articles 2074 et 2075 n'est pas nécessaire ; on peut en prouver l'existence par tous moyens (article 91 du Code de commerce), conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce. En outre, la réalisation de ce gage est considérablement facilitée (même article 91).

Il est inutile, d'ailleurs, d'insister ici sur toutes ces particularités. Sans doute, on peut concevoir le nantissement d'un fonds de commerce comme commercial, notamment s'il est constitué en paiement du prix d'achat de ce fonds. Il aurait donc été susceptible, le cas échéant, d'être appelé à bénéficier, à ce titre, des simplifications introduites, en la matière, par la loi du 23 mai 1863, devenue les arti-

cles 91-95 du Code de commerce, à la condition toutefois que l'on admit leur application aux meubles incorporels autres que des créances négociables ou non.

Mais, il est une autre condition indispensable à la constitution d'un gage, qu'il s'agisse de meubles corporels ou de meubles incorporels, de gage civil ou de gage commercial, c'est celle qui est imposée, à peine même de perte du privilège conféré par le nantissement dans les articles 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce, qui s'expriment ainsi :

« Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. »

La dépossession du débiteur est la raison d'être du gage : à défaut, le nantissement est nul (1), le privilège qui en résulte n'existe pas. C'est encore une excellente mesure de publicité, faute de laquelle toute sûreté reste occulte.

En ce qui concerne les meubles corporels, cette dernière condition est réalisée, soit quand l'objet a été mis effectivement aux mains du créancier ou d'un tiers convenu, soit aussi quand le débiteur a mis, en la possession du créancier, un titre permettant de retirer l'objet à volonté de chez un tiers qui le détient.

Des difficultés surgissent, au contraire, sur ce qu'il faut exactement envisager comme une dépossession

(1) Gary au Tribunat : *Locré, législation civile*, t. XVI, p. 33, n° 2. — Cour de Cassation, 29 décembre 1875. S. 1876. 1. 109.

dès qu'il s'agit de la mise en gage de valeurs incorporelles. Le Code civil a spécialement visé les créances ; la possession d'une créance semble suffisamment résulter, bien que quelques auteurs l'aient contesté, de la possession du titre qui la constate (1). Cependant, ainsi réalisée, la tradition ne serait pas suffisamment publique; les articles 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce prescrivent alors la signification du nantissement au débiteur de la créance donnée en gage. On doit reconnaître que ce mode de publicité est bien insuffisant pour avertir les tiers (2) : néanmoins le législateur s'en contente ; nous ne pouvons être plus exigeants.

L'article 2076 semble soumettre au régime établi pour les créances tout ce qui concerne la possession, la tradition, la mise en gage de toutes les autres valeurs ou objets incorporels ; il en serait ainsi notamment pour le droit au bail, les brevets d'invention, la propriété littéraire et artistique, les marques de fabrique, la part indivise d'un héritier dans une succession mobilière, etc.

Pourtant, l'application au gage de ces meubles, des formalités prescrites pour le gage des créances n'est pas bien facile, on pourrait même dire souvent impos-

---

(1) Pothier, qui, tout d'abord, se renfermant dans des principes absolus, déclarait qu'une créance, ne pouvant être l'objet de possession puisqu'elle n'est pas susceptible de tradition réelle, ne pouvait pas faire l'objet d'un gage (*Du Nantissement*, t. V, n° 6 et note 1.), reconnaissant plus tard l'utilité de ce contrat, disait alors que la possession de la créance pouvait résulter de la possession du titre qui la constate. (*De l'Hypothèque*, t. IX, n° 211.)

(2) Guillouard. *Du Nantissement*, n° 112. — Laurent. *Op. cit.*, t. XXVIII, n° 463.

sible. Etant donné le développement des valeurs mobilières en ce siècle et l'importance prise par elles, le législateur de 1804 ne doit pas être pris à partie, il est seulement regrettable que, depuis lui, l'on n'ait pas songé à combler les lacunes de notre droit sur ces divers points.

D'abord, pour plusieurs des valeurs incorporelles, que nous avons citées, la formalité de la signification ne peut s'accomplir et ne répond à rien : il en est ainsi notamment pour la propriété littéraire et artistique, les brevets d'invention (1).

Pour beaucoup, la mise en possession symbolique par la remise des titres est impossible (2). Il en est ainsi spécialement pour des droits de propriété littéraire ou artistique qui ne sont pas contenus dans un seul manuscrit ou dans un seul tableau; de même aussi pour des droits dans une succession mobilière *ab intestat* (3).

Ainsi, on se heurte à des obstacles très sérieux dès que l'on veut appliquer les règles imposées par le législateur à des choses certainement visées par lui ; ces obstacles se multiplient à mesure que, abandonnant les choses d'une nature commune et déterminée, on essaie d'adapter ces dispositions à des biens qui, tout en restant simples, sont d'une nature plus spéciale et plus subtile. On conçoit alors la complexité et la multiplicité des difficultés qui se dressent devant celui qui prétend soumettre à de

---

(1) Paris, 29 août 1865. S. 1866. 2. 24. 105. D. P. 1865. 2. 231. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 3e édition, t. III, nº 283, p. 228.

(2) Montier. *Des Nantissements de fonds de commerce*, nº 12.

(3) Catalan. *Op. cit.*, p. 355.

semblables principes des choses composées et formées d'éléments de natures diverses et souvent complètement opposées. C'était le cas pour ce composé d'éléments disparates que nous appelons le fonds de commerce.

Comment lui appliquer les règles du nantissement devant notre droit? Pour ceux qui tenaient le fonds pour une simple universalité de fait, de nature partie corporelle, partie incorporelle, il était évident que le nantissement de la partie corporelle devait être subordonné à sa tradition réelle aux mains du créancier gagiste. La question ne pouvait alors se poser que pour la partie incorporelle.

Pour certains, le fonds de commerce devait être traité comme une universalité juridique, ou plutôt comme un tout, absorbant même des éléments matériels, outillage et marchandises. Pour ceux-là, suivant le critérium habituellement reçu, ou bien la prédominance appartenait aux éléments matériels, et alors le fonds de commerce devait être considéré comme un meuble corporel, dont la mise en gage n'était valable que s'il était effectivement livré au créancier gagiste; ou bien les éléments matériels cédaient la prééminance aux éléments incorporels, et, dans ce cas, le plus ordinaire, on était également ramené à se demander quelles conditions devaient être remplies pour constituer valablement un nantissement sur eux et particulièrement sur l'achalandage et ses dépendances. De toutes façons, la difficulté était la même; comment appliquer l'article 2076 du Code civil aux éléments incorporels du fonds de commerce?

On a discuté longtemps l'importance relative de l'achalandage et du droit au bail dans le fonds de commerce ; l'opinion la plus répandue (1) la résout par la suprématie de l'achalandage, élément constitutif et essentiel de tout fonds de commerce.

Sous quelles conditions, moyennant quelles formalités pouvait-on constituer en nantissement l'achalandage d'un fonds de commerce et ses dépendances, enseigne, etc. C'est à cela que se résumait la question.

Si la mise en gage d'un droit au bail était et reste possible, dans l'état actuel de nos textes, par la tradition de ce bail au créancier gagiste accompagnée de la signification du nantissement au bailleur, il ne paraissait pas qu'il en fût de même pour l'achalandage, ou pour mieux dire, pour tout le groupe d'éléments incorporels du fonds de commerce autres que le droit au bail.

L'achalandage est bien évidemment un droit incorporel dont l'existence, isolée ou en compagnie d'autres éléments du fonds, peut être constatée au profit d'un commerçant par un titre.

Mais, par ce mot de meubles incorporels, l'article 2075 du Code civil n'entend viser que des créances, et, tout au plus, les droits d'obligation désignés par l'article 529 du Code civil comme meubles par détermination de la loi : cela résulte de l'article 2075

---

(1) Lèbre. *Traité théorique et pratique du fonds de commerce*, p. 4 et 6. — Boistel. *Précis de Droit commercial*, 4e édition, n° 429, p. 294. — Thaller. *Traité de Droit commercial*, 2e édition, n° 82, p. 64. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de Droit commercial*, 3e édition, t. III, n° 245, p. 180. — Demolombe. *Des Biens*, t. I, nos 403 et 440. — Aubry et Rau. *Op. cit.*, t. II, p. 39, note 31. — Aix, 12 mars 1878. S. 1878. 2. 265.

ancien *in fine* qui suppose l'existence d'un débiteur. Eût-il voulu en viser d'autres qu'on pouvait encore en exclure les fonds de commerce qui, du temps du Code civil, n'étaient pas encore parvenus à la vie juridique ! Enfin pût-on même le comprendre dans ce terme général, qu'il faut convenir que l'article 2076, en exigeant la tradition de la chose aux mains du créancier gagiste, ne détermine pas de quelle façon la prise de possession sera réalisée. Or, la possession des choses se réalise, d'une façon différente pour chacune d'elles, suivant leur nature et leur manière d'être. Une créance n'est pas susceptible de possession par elle-même ; on ne peut considérer un individu comme possesseur d'une créance que s'il représente le titre qui la constate : l'existence de la créance est tellement liée à celle du titre que, si le débiteur est en possession du titre, il ne reste plus rien au créancier. Il n'en va pas de même pour tous les meubles incorporels : ainsi que le remarque M. Wahl, leur assimilation aux créances, à ce point de vue, se comprenait aux époques primitives (1) ; aujourd'hui, une distinction aussi nette avec les meubles corporels ne se comprend plus. S'il peut en être, pour les brevets d'invention et les marques de fabrique, comme pour les créances, sous ce rapport, il est tellement évident que le fonds de commerce et, notamment, l'achalandage, le nom commercial, sont susceptibles d'être possédés par eux-mêmes, qu'il est inutile d'insister davantage (2). En effet, la

(1) Sirey, 1897. 2. 89, note Wahl.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Nantissement, privilèges et hypothèques*, t. I, n° 81. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit*, 3e édition, t. III, n° 285, p. 231.

remise du titre d'acquisition du fonds n'empêche pas le propriétaire de rester à la tête de son fonds et d'exercer son commerce.

D'ailleurs à qui faire une signification quelconque? Le droit du commerçant est, en effet, un droit de propriété et non un droit de créance, il s'exerce réellement et non personnellement. Dans l'espèce qui donna lieu à l'arrêt du 26 juillet 1851, une signification avait été faite au syndicat de la boulangerie ; or, le syndicat n'était, en aucune façon débiteur de l'achalandage du fonds visé, au regard du boulanger qui en était propriétaire. Cette signification avait peut-être à sa base une idée pratique : mais elle était illégale et surtout ne réalisait qu'une publicité insuffisante.

La tradition symbolique du fonds, par la tradition du titre de propriété, était donc en même temps illusoire et occulte, et, par suite, impuissante à réaliser un nantissement, la tradition exigée par notre Code dans ce but devant être effective et publique.

« L'assimilation, dit M. Blaisot, du fonds de commerce aux autres meubles incorporels par les textes, qui exigent la mise en possession du créancier gagiste, est évidemment contraire à l'esprit de ces textes (1). »

En un mot, la validité d'un nantissement de fonds de commerce semblait logiquement devoir être subordonnée à l'exploitation par le créancier gagiste

(1) Blaisot. *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, thèse de Paris, 1897, p. 131.

ou son mandataire de l'industrie ou du commerce considéré. A défaut, il fallait dire que le nantissement était nul. L'emprunteur, qui voulait tirer de son fonds un crédit quelconque tout en gardant l'exercice de son commerce, ne pouvait songer qu'à donner, en nantissement, son droit au bail des lieux par lui occupés.

C'était à ces conclusions qu'aboutissait l'arrêt que nour rappelions au début, en déclarant nul le nantissement d'un fonds de commerce « quand l'industrie n'a pas cessé d'être aux mains du débiteur ».

Cette solution donnait satisfaction aux principes de notre droit : le nantissement restait ce qu'il doit être, un contrat réel ; les droits du prêteur nanti étaient sauvegardés ; les tiers étaient protégés ; les fraudes étaient empêchées.

Mais, par contre, elle était incompatible avec les besoins du commerce. Enlever au commerçant son fonds, c'est supprimer toute l'utilité du nantissement, puisque ce dernier emprunte précisément pour rester à la tête de ses affaires. Mettre ce fonds aux mains du prêteur ou d'un tiers convenu, c'est le confier peut-être à des mains maladroites ou inexpérimentées, en tous cas, à des personnes à qui il suffit de conserver le fonds dans l'état actuel sans chercher à l'améliorer. Installer soit le prêteur, soit un tiers à la direction de ce fonds, c'est augmenter considérablement le taux d'intérêt du prêt, qui, en définitive, devra comprendre, et le loyer de l'argent prêté, et la rémunération de la personne préposée à cette direction. Aussi ne trouve-t-on pas alors d'actes juridiques de ce genre, faits dans de telles conditions.

Pourtant le fonds de commerce constitue une valeur d'importance appréciable ; il est souvent, pour le commerçant, l'unique instrument de crédit dont il dispose ; il serait fâcheux qu'il ne pût s'en servir, à ce point de vue, d'une façon utile et pratique.

La Cour suprême eut conscience de cette nécessité. Le 13 mars 1888, par un arrêt qui fait époque, elle n'hésita pas à déclarer valable un nantissement de fonds de commerce, établi sans dépossession effective du commerçant débiteur, suivant les formes prescrites par la mise en gage des créances.

C'est une ère nouvelle de l'histoire des nantissements de fonds de commerce qui s'ouvre à cette date pour se terminer à la promulgation de la loi du 1er mars 1898. Cette période, si courte, est cependant bien remplie des nombreux conflits qui s'élevèrent entre les partisans de cette doctrine récente et ceux de l'application stricte des principes du Code civil.

CHAPITRE II.

Le nantissement de fonds de commerce de 1888 à 1898.

Le 13 mars 1888, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, sentant la nécessité de donner au commerce le crédit qu'il réclamait, rendit un arrêt célèbre, validant un nantissement de fonds de commerce, établi, en conformité de l'article 2075 du Code civil, par la tradition au créancier nanti des titres de propriété sur ce fonds et par la signification de cet acte au bailleur des lieux occupés par le débiteur constituant. C'est de ce jour que date véritablement en France la pratique de cet acte juridique. Malheureusement, pour en arriver là, la Cour suprême faisait en quelque sorte table rase des principes et se substituait au législateur, en proclamant le fonds de commerce universalité

juridique, et, en établissant, sous le couvert d'une apparence de gage, une hypothèque mobilière des fonds de commerce. Les Cours d'appel, les tribunaux civils se rangèrent néanmoins à son avis. Par contre, les juges consulaires résistèrent énergiquement, reconnaissant les dangers auxquels les tiers se trouvaient exposés par suite de la constitution de semblables droits réels, établis d'une façon absolument occulte : en effet, tout en posant le principe de l'hypothèque, la Cour de cassation n'en avait pas pallié les inconvénients par l'organisation d'une mesure de publicité, qu'elle ne pouvait d'ailleurs prescrire en dehors de la loi. La majorité des auteurs et, parmi eux, les plus influents, approuvèrent l'attitude des tribunaux de commerce, montrèrent l'inexactitude de la conception du fonds de commerce sur laquelle se fondait la nouvelle doctrine et, précisant enfin celle jusqu'alors au moins tacitement admise, se rallièrent à l'interprétation autrefois donnée. C'est à l'exposé et à l'examen des deux systèmes désormais en présence que nous allons consacrer ce chapitre.

SECTION PREMIÈRE.

SYSTÈME DE LA COUR DE CASSATION ET DES COURS D'APPEL.

Voici l'espèce qui donna lieu à l'arrêt du 13 mars 1888, base de la jurisprudence nouvelle des Cours d'appel. En 1881, un sieur Robin, maître d'hôtel à

Uriage, avait acheté à Cannes, des époux Bourgeois, eux-mêmes locataires d'un sieur Morlot, un fonds de commerce, genre hôtel meublé, situé à Cannes et dénommé le « Splendid-Hôtel ». Obligé de payer ce fonds comptant, le sieur Robin avait emprunté, à un nommé Poydenot, une somme de 40,000 francs, et, à titre de garantie, lui avait donné en nantissement son fonds de commerce de Cannes pris en bloc et comprenant : 1° la clientèle et l'achalandage proprement dit; 2° le matériel et le mobilier ; 3° le droit aux baux des lieux où s'exploitait le fonds.

Les formalités, qui avaient présidé au nantissement, étaient analogues à celles que nous avons eu l'occasion de décrire comme devant accompagner le gage d'une créance, conformément aux articles 2075 et 2076 du Code civil. Le contrat fut constaté par acte notarié : cela n'a qu'une importance relative. Ce qui en a davantage, c'est que le constituant remit au créancier gagiste les titres de propriété sur le fonds et les baux des lieux où ce dernier était exploité. En outre, le prêteur nanti, le sieur Poydenot, fit signifier ce nantissement au propriétaire de l'immeuble où l'hôtel était établi.

Plus tard, en 1884, le sieur Robin, qui avait conservé son établissement d'Uriage, fut déclaré en faillite. Le sieur Poydenot produisit à cette faillite pour 40,000 francs et demanda à être admis par privilège, en se basant sur les droits qui résultaient, pour lui, du nantissement antérieurement consenti en sa faveur par Robin et, selon lui, régulièrement constitué.

Le syndic contesta cette prétention : le tribunal de

commerce de Grenoble, saisi de la question, décida, par jugement du 7 août 1884 (1), que, dans le cas particulier, la partie matérielle du fonds de commerce l'emportait de beaucoup en valeur sur les éléments incorporels; qu'en conséquence, pour constituer valablement ce nantissement, il eût été nécessaire d'une mise en possession effective ; que, comme il n'y avait eu qu'une tradition symbolique, le sieur Poydenot ne pouvait pas bénéficier d'un privilège sur la base de ce nantissement. Appel de ce jugement fut interjeté par le sieur Poydenot devant la Cour d'appel de Grenoble, qui réforma le jugement du tribunal de commerce (2). La Cour, sans rechercher si, en général ou dans l'espèce, les valeurs corporelles ou les valeurs incorporelles prédominent dans un fonds de commerce, déclare que le fonds de commerce est un tout; que ce tout est un meuble incorporel, conformément à un principe qu'elle prétend admis par la jurisprudence (3). Et, considérant que tout meuble incorporel peut faire l'objet d'un contrat de cette nature, que ce contrat est valable si l'on a satisfait aux formalités prescrites par la loi, elle déclare : « Que, par la signification faite au bailleur, Poydenot a fait tout ce qu'il était possible de faire et qu'il a rempli toutes les formalités exigées par la loi. »

---

(1) S. 1888. 1. 302. D. P. 1888. 1. 351 et note. *Pandectes françaises*, 1888. 1. 33 et note. *Annales de Droit commercial*, 1888, p 171. *Journal des tribunaux de commerce*, t. XXXVIII, n° 11651, p. 160.— Catalan. *Op. cit.*, p. 359.

(2) 16 avril 1886. D. P. 1888. 1. 351.

(3) Fouilleul. *De la Constitution en gage des fonds de commerce*, thèse de Paris, 1900, p. 26.

Le pourvoi, formé contre l'arrêt de la Cour de Grenoble, fut rejeté par la Chambre des requêtes, dans son audience du 13 mars 1888, seule décision de la Cour suprême sur les nantissements de fonds de commerce que nous connaissions avant et même après la loi du 1er mars 1898.

Ainsi se trouva formulée la doctrine nouvelle. Elle répondait à un tel besoin de crédit que la pratique de ce genre de garantie prit un développement rapide : les tribunaux eurent, à de nombreuses reprises, à se prononcer sur la validité de nantissements de fonds de commerce. Dans toutes les faillites où un créancier nanti produisait, un débat judiciaire s'élevait aussitôt entre lui et le syndic qui espérait, avec assez de raison d'ailleurs, voir annuler ce prétendu gage, faute de dépossession du débiteur.

Mais si, comme nous le verrons, les tribunaux de commerce donnaient régulièrement raison à ce dernier, il n'en était pas de même des Cours d'appel. Longue est la liste de toutes les décisions rendues par elles, et qui se rallient, en principe, sauf quelques divergences de détail, à l'arrêt de la Cour de cassation de 1888 (1).

---

(1) Cour de Riom, 30 mars 1892. D. P. 1892. 2. 220. — Paris, 21 juillet 1892. D. P. 1893. 2. 108. *Pandectes françaises*, 1893. 2. 197. *Journal des tribunaux de commerce*, 1893, n° 12572, p. 411. — Tribunal civil de la Seine, 13 novembre 1894. *Annales de Droit commercial*, 1895, J. p. 28. — Tribunal civil de la Seine, 15 janvier 1895, S. 1897. 2. 89. *Annales de Droit commercial*, 1895. J. p. 58. — Paris, 26 février 1895. S. 1897. 2. 89. — Lyon, 14 mars 1895, infirmant jugement du tribunal de commerce de Saint-Etienne du 10 janvier 1894. S. 1897. 2. 89. *Journal des tribunaux de commerce*, 1896, n° 13569, p. 696. — Paris, 4 janvier 1896, infirmant jugement du tribunal de commerce de la Seine, S. 1897. 2. 89. *Journal des tribunaux de com-*

Le système nouveau, inauguré par cet arrêt, se résume dans les quatre propositions suivantes :

1° Le fonds de commerce constitue une universalité juridique, formée d'éléments divers, les uns corporels, les autres incorporels ;

2° Le fonds de commerce est tantôt un meuble corporel, tantôt un meuble incorporel, suivant la prédominance des éléments matériels ou des éléments immatériels dans l'ensemble ;

3° Lorsque le fonds de commerce est un meuble corporel, le nantissement ne peut s'effectuer que par une mise en possession effective du créancier gagiste ;

4° Si le fonds de commerce est un meuble incorporel, il faut, mais il suffit, pour la validité du contrat : 1° que le constituant remette au créancier gagiste les titres établissant ses droits sur la chose engagée ; 2° que le créancier gagiste signifie l'acte de nantissement au bailleur des lieux où le commerce s'exerce.

Des divergences se sont manifestées dans plusieurs

---

merce, 1896, n° 13473, p. 507. — Paris, 6 juin 1896, infirmant jugement du tribunal de commerce de la Seine. D. P. 1896. 2. 471. *Journal des tribunaux de commerce,* 1897, n° 13713, p. 332. *Gazette du Palais,* 1896. 2. 232. — Paris, 22 juillet 1896, infirmant jugement du tribunal de commerce de la Seine. *Journal des tribunaux de commerce,* 1897, n° 13760, p. 373. — Paris, 22 octobre 1896. D. P. 1897. 2. 343. *Journal des tribunaux de commerce,* 1897, n° 13769, p. 392. *Gazette du Palais,* 1896. 2. 561. — Paris, 24 décembre 1896. D. P. 1898. 2. 23. *Journal des tribunaux de commerce,* 1897, n° 13782, p. 431. — Paris, 7 août 1897, infirmant jugement du tribunal de commerce de la Seine, 21 novembre 1895. *Journal des tribunaux de commerce,* 1898, n° 14136, p. 481. *Annales de Droit commercial,* 1898, J. p. 97. D. P. 1898. 2. 437.

arrêts postérieurs des Cours d'appel : certaines cours admettaient à la lettre ces quatre propositions et notamment appréciaient la nature corporelle ou incorporelle suivant le critérium contenu dans la seconde (1).

Pour d'autres, le fonds de commerce devait être envisagé comme meuble incorporel, quand même le critérium de la Cour de cassation eût donné des résultats contraires, si telle avait été l'intention des parties : une hypothèse-type, sur laquelle il a été statué, est celle où le nantissement est constitué « sur le fonds de commerce pris comme droit incorporel ensemble le matériel, agencements, ustensiles et marchandises affectés à son exploitation et devant être considérés comme ne formant, avec l'établissement cédé, qu'un seul et même tout (2) ». Bien des décisions sont d'avis, d'autre part, que le fonds de commerce est toujours un meuble incorporel, les éléments principaux et prédominants du fonds étant toujours les éléments incorporels (3). Un arrêt de la

(1) Avril. *Principes et caractères juridiques de la constitution du gage sur les meubles incorporels,* thèse de Grenoble, 1898, p. 48 et note 3. — Tribunal de commerce de Grenoble, 7 août 1884, et Cassation, 13 mars 1888, rapporté avec Grenoble, 16 avril 1886, précité. — Tribunal civil de la Seine, 15 janvier 1895. Lyon, 14 mars 1895. Paris, 4 janvier 1896, tous dans S. 1897. 2. 89. — Paris, 7 août 1897, précité. — Paris, 7 novembre 1898. *Gazette du Palais,* 1898. 2. 603. D. 1899. 2. 196.

(2) Paris, 21 juillet 1892, précité. — Même sens : Tribunal civil de la Seine, 13 novembre 1894, précité. — Paris, 4 janvier 1896, précité.

(3) Grenoble, 16 avril 1886, précité. — Riom, 30 mars 1892, précité. — Paris, 24 décembre 1896. D. 1898. 2. 23. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.,* t. III, n° 240. — *Cf.* Thézard. *Rapport au Sénat sur le projet de loi relatif au nantissement de fonds de commerce : Journal Officiel,* doc. parl., Sénat, sess. extr. de 1897, annexe n° 94, p. 809.

Cour de Lyon (1) se base, pour en décider ainsi, sur ce que, « si le matériel et les marchandises, considérés isolément, prennent les caractères de meubles corporels, ce sont, comme d'ailleurs le droit au bail, de simples accessoires du fonds, des moyens d'exploitation qui, destinés à être constamment renouvelés, peuvent être changés, transformés, augmentés ou diminués, sans porter atteinte à l'existence du fonds lui-même ». On pourrait trouver aussi une raison de décider dans cette observation, que toute universalité étant une création artificielle doit être, de sa nature, immatérielle (2). Ces divergences s'expliquent par les différents points de vue auxquels on se place pour déterminer la composition du fonds de commerce et fixer le rôle respectif de chacun des éléments qui le forment.

Au fond et en pratique, avec le système de la Cour de cassation, on arrivait presque toujours à déclarer le fonds de commerce meuble incorporel : rares, en effet, sont les fonds de commerce où les éléments matériels jouent un rôle prédominant.

Malgré cette divergence de détail qui, dans l'application du système, ressort fort peu, l'ossature générale de la théorie nouvelle subsiste dans tous les arrêts : si quelques décisions de tribunaux civils ont parfois invalidé des nantissements de fonds de commerce et

---

(1) Cour de Lyon, 14 mars 1895, précité. — Même sens : Amiens, 29 janvier 1898, *Annales de Droit commercial*, 1898, p. 349. *Gazette du Palais*, 1898. 1. 561. — Boistel. *Op. cit.*, n° 429. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, n° 240. — Lèbre. *Op. cit.*, n° 7. — Blaisot. *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, thèse de Paris, 1897, p. 129.

(2) Gombeaux. *Op. cit.*, p. 249.

repoussé l'action du créancier, c'est, ou bien parce que ce dernier avait consenti à la revente du fonds engagé, ou bien s'était dessaisi des titres le représentant (1), ou enfin n'avait pas eu le fonds en nantissement régulier, soit parce qu'il n'avait pas reçu tous les titres établissant les droits du constituant (2), soit encore parce qu'il avait omis la formalité de la signification.

Pour établir ce système, les juridictions civiles supérieures n'ont pas cru utile de modifier en quoi que ce soit l'étendue de la notion de fonds de commerce, qui reste ce qu'elle était auparavant ; elles ont cherché seulement à préciser un peu la conception juridique de cette agglomération de valeurs dans ce qu'elle avait de vague et d'indéterminé.

D'ailleurs, pour arriver au but qu'elles se proposaient et qui était de rendre, sinon toujours, du moins le plus ordinairement, le fonds de commerce susceptible de gage sans dépossession, il importait beaucoup de faire de ce fonds un bloc juridique ayant une existence et une nature différentes de celle de ses éléments pris isolément. Il y avait à cela un double avantage. D'abord, les éléments matériels du fonds, se trouvant ainsi absorbés dans l'ensemble et en quelque sorte incorporalisés, pouvaient être mis en gage au même titre et de la même façon que

(1) Paris, 26 février 1895, confirmant tribunal de commerce de la Seine, 24 août 1893. S. 1897. 2. 89. *Pandectes françaises*, 1895. 2. 199. *Journal des tribunaux de commerce*, 1895, n° 13185, p. 596.

(2) Paris, 22 octobre 1896, confirmant tribunal de commerce de la Seine, 16 août 1895. D. P. 1897. 2. 343. *Journal des tribunaux de commerce*, 1897, n° 13769, p. 392. *Annales de Droit commercial*, 1897, p. 104.

les éléments immatériels. Ensuite, cela simplifiait les formalités qui se trouvaient réduites à l'unité pour tous les éléments du fonds, sans distinction de catégorie ou de nature, puisque, par la fiction de l'universalité juridique, tous se trouvaient fondus en une masse homogène.

Cette affirmation, qui paraissait ainsi être la clef de voûte du système, était à justifier. La Cour de cassation ne le fait pas : elle franchit allègrement la difficulté en prenant le fonds comme tel et comme s'il n'était pas possible d'en douter.

Aucun texte de nos lois n'ayant jamais eu cette conception du fonds de commerce, le seul appui de cette manière de voir est donc à chercher dans la jurisprudence antérieure. Nous savons que le règlement, adopté par elle, de la compétence des officiers ministériels pour la vente des fonds de commerce, en aboutissant à régler le sort de ces derniers, dans ces circonstances, d'une façon uniforme, semblait lui donner une certaine unité juridique ; nous avons vu aussi le terme d'universalité juridique déjà employé par des arrêts, pour désigner le fonds de commerce, et notamment dans un arrêt d'Aix du 28 mars 1878. Voilà les seuls et bien faibles arguments que paraissait invoquer la Cour de cassation.

Il est vrai que cette expression d'universalité juridique n'a pas, sous sa plume, la portée qu'on pourrait *a priori* lui prêter. Elle ne signifie pas que le fonds de commerce forme une entité complexe, analogue à une hérédité : elle indique seulement que tous les éléments positifs, que l'on a l'habitude de ranger sous cette désignation, forment un tout jouis-

sant d'une certaine unité et d'une vie juridique spéciale. L'usage et la pratique française n'ont jamais compris, en effet, dans la notion de fonds de commerce, les créances ou les dettes contractées à son occasion pour son entretien ou son exploitation ; la décision de la Cour de cassation qui a fondé définitivement cette doctrine, visait un fonds de commerce ainsi composé. Du reste, englober des dettes dans l'objet d'un nantissement, n'est-ce pas décider que ces dettes seront payées avant la dette garantie et aboutir, par suite, à un résultat tellement illogique qu'il ne peut échapper aux moins clairvoyants ?

Cette donnée fondamentale n'était pas indispensable pour fixer la nature mobilière du fonds de commerce, qui a toujours été considéré comme un meuble et doit toujours être ainsi traité, de quelque conception que l'on parte.

Au contraire, il était nécessaire que le fonds de commerce formât une masse homogène pour que l'on pût décider que ce meuble est, en principe, d'une nature soit corporelle, soit incorporelle, et non pas mi-partie l'une et mi-partie l'autre. Nous avons vu que l'on aboutissait le plus souvent, sinon toujours, suivant le critérium admis, à faire ainsi du fonds de commerce un bien incorporel.

Une fois là, on paraissait arriver au but ; en se bornant à appliquer à la lettre les textes du Code civil, on arrivait à décider que, pour donner valablement en nantissement cette masse homogène de nature mobilière et incorporelle, il fallait, mais il suffisait, conformément aux articles 2075 et 2076 du

Code civil et par analogie avec ce qui se passe pour les créances, indépendamment de la volonté des parties et de l'écrit exigé pour preuve, le cas échéant :

1° Que le constituant remît au créancier gagiste les titres constatant ses droits sur la chose engagée ;

2° Que le créancier gagiste signifiât l'acte de nantissement au débiteur de la chose engagée.

Dans l'espèce, ces deux conditions paraissaient remplies par l'accomplissement des deux actes suivants :

1° Transmission au créancier gagiste, par le constituant, de ses titres de propriété sur le fonds de commerce ;

2° Signification de ce nantissement par le bénéficiaire au bailleur du lieu où s'exerçait le commerce.

Par titres de propriété, on semblait désigner ici tous les écrits constatant les droits du propriétaire sur les éléments du fonds, acte d'achat du fonds, baux des lieux occupés, brevets d'invention, certificats de dépôt de marques de fabrique, actes de concession administrative attachés au fonds (1), etc. Aucun arrêt ne l'affirmait positivement, en ce qui concerne les titres autres que l'acte d'acquisition du fonds ou les baux des lieux occupés ; mais cette interprétation s'imposait.

Cette doctrine n'était pas sans soulever de multiples objections qu'on peut prévoir par ce qui précède.

---

(1) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, n° 285, p. 231.

Le fonds de commerce n'est pas une universalité juridique : il y a là, de la part de cette jurisprudence, une erreur d'expression. Y avait-il même seulement dans le fonds de commerce, tel qu'elle le comprenait, tel qu'on paraît encore le comprendre, cette entité juridique qu'elle y voyait? Fondre en un seul tout des éléments aussi disparates que des objets corporels et des objets incorporels, alors qu'apparemment ces objets restent distincts, n'est-ce pas aboutir à une fiction que la loi seule peut créer? S'il ne s'agissait que d'une masse de choses incorporelles, le résultat aurait été moins choquant et, partant, le principe plus admissible. Il semble tomber sous le sens que cette conception ne s'explique guère, au contraire, dès qu'on incorpore des objets matériels dans la dénomination de fonds de commerce. La jurisprudence française elle-même fournissait, d'ailleurs, des armes contre ce système, ainsi que le remarquait M. Wahl (1) ; des arrêts antérieurs décidaient, en effet, que l'usufruitier d'un fonds de commerce devait rendre en nature ou en équivalent, suivant leurs caractères, les divers éléments du fonds ; ils considéraient donc que ces éléments n'ont qu'une vie isolée, même lorsqu'ils sont ainsi groupés (2).

On a reproché (3) à la Cour de cassation d'avoir été inconséquente avec elle-même : une universalité juridique est forcément une chose incorporelle

---

(1) S. 1897. 2. 89, note.
(2) Cassation, 26 février 1894. S. 1895. 1. 102 et note Wahl.
(3) Alexandre Cerban. *Op. cit.*, n° 217.

d'après les tendances actuelles du droit français ; or, la Cour de cassation décidait que le fonds de commerce, universalité juridique, n'était pas toujours un ensemble incorporel ; elle donnait même un critérium de détermination sur lequel il n'y a pas lieu de revenir. Nous pensons qu'étant donné le véritable sens attribué par elle à ce mot d'universalité juridique, le reproche était mal fondé.

Il en était un qu'elle méritait davantage ; l'idée d'universalité juridique, invoquée par elle, avait pour but de faire du fonds de commerce un meuble incorporel dans la très grande majorité des cas, pour en soumettre la mise en gage aux formalités de l'article 2075 ancien du Code civil. Or, nous savons déjà que ce texte n'est pas applicable à tous les meubles incorporels ; il vise les créances, il ne s'adresse même pas aux éléments incorporels du fonds pris isolément, *a fortiori* au fonds de commerce comme l'entendait la Cour suprême. Il est visible, en effet, que, malgré la transmission des titres de propriété sur le fonds au créancier gagiste, les marchandises et le matériel, qui en dépendent aussi bien que l'exploitation, restent aux mains du débiteur.

Dans leur désir d'appliquer systématiquement l'article 2075, les magistrats ne se sont même pas aperçus qu'ils faisaient ici fausse route. Ils exigeaient, comme nous l'avons vu, que ce nantissement fût signifié au bailleur de l'immeuble où le fonds était exploité. En réalité, le bailleur est débiteur, envers le propriétaire du fonds, d'une prestation qui en fait partie ; mais là se borne son rôle. Il n'était pas possible, il est vrai, de prescrire des signi-

fications à d'autres personnes qu'à lui, puisqu'il n'existe pas de débiteur du reste des éléments du fonds. Mais, dans ces conditions, n'était-ce pas la preuve que l'article 2075 était inapplicable en ce qui les concerne? En fait, d'ailleurs, le but voulu par la loi, en exigeant la signification du nantissement d'une créance, ne se trouvait pas atteint ici : le bailleur seul était averti de la constitution du gage; or il n'était nullement intéressé à la connaître. Enfin, si le fonds de commerce est pris comme universalité juridique, le droit au bail disparaît dans l'ensemble : pourquoi alors une signification au bailleur, puisque pour le tout, il n'y a plus qu'une chose qui n'est pas une créance?

Ainsi, même en supposant exacte la conception juridique, qui servait de point de départ à ce système, il était impossible d'adapter au fonds de commerce les règles du nantissement des créances.

Les résultats de l'application de cette théorie se firent bientôt sentir. Les droits réels, ainsi consentis, étaient occultes; par suite, les tiers, dont la garantie reposait à un titre quelconque sur le fonds, étaient souvent, surtout en cas de faillite, déçus dans leur attente. Car les fournisseurs pouvaient continuer à croire à la surface du commerçant et lui consentir des livraisons à crédit; c'était fort avantageux pour le commerçant débiteur; il n'en était pas de même pour le créancier. Quand s'ouvrait la faillite, on s'apercevait qu'un droit de préférence avait été consenti à une tierce personne à l'insu de tous; souvent même cette tierce personne n'était qu'un faux prêteur, qui fournissait obligeamment son con-

cours au failli, pour que ce dernier réalisât son actif en frustrant ses créanciers. Le créancier, nanti de bonne foi, pouvait lui-même souffrir un préjudice. Si le commerçant avait déjà antérieurement consenti un premier nantissement sur son fonds, aucune publicité ne venant le révéler, il se trouvait évincé, au moment où il voulait réaliser son gage. Ainsi, la porte était désormais ouverte à toutes les fraudes.

Ces résultats pourtant ne décourageaient pas les partisans du nantissement de fonds de commerce ; ils les mettaient plutôt sur le compte des lacunes de notre loi que sur celui d'un défaut de logique, et paraissaient conclure, avec M. Laurent, que « le mal tient à l'absence d'un système de publicité » du privilège du créancier gagiste (1).

Si l'organisation d'un système de publicité des droits réels mobiliers est nécessaire, ce n'est pas, à coup sûr, en ce qui concerne spécialement le privilège du créancier gagiste. Le Code civil a pris ses précautions pour que le privilège, établi par le gage sur un objet mobilier quelconque, ne fût pas un droit occulte ; c'est l'article 2076 qui a paré à ce danger. Quelle publicité est, en effet, plus simple et plus parfaite que celle qui résulte de la tradition de l'objet aux mains du créancier gagiste? Si elle était inefficace pour la protection des tiers dans la théorie de la jurisprudence des Cours d'appel sur le nantissement du fonds, cela tenait simplement à ce que l'article 2076 du Code civil n'était pas observé,

---

(1) Laurent. *Op. cit.*, t. XXVIII, n° 461. — Guillouard. *Op. cit.*, n° 52.

à ce que l'on ne satisfaisait pas à la condition essentielle, primordiale de l'existence du gage et du privilège qui en résulte, à savoir la mise du créancier en possession de l'objet engagé (1).

En conséquence, en déclarant valable la sûreté consentie sur un fonds de commerce sans dépossession, la jurisprudence consacrait purement et simplement l'existence sur lui d'un droit réel d'hypothèque : ce résultat était, il n'est pas besoin de le dire, en contradiction formelle avec le principe posé par l'article 2119 du Code civil.

Cette hypothèque, dont la création était au-dessus des pouvoirs de la Cour de cassation, était d'autant plus dangereuse qu'elle était occulte ; on avait pu, sans loi, en consacrer le principe ; on ne pouvait, faute de textes, en dresser la réglementation.

Il est vrai que la Cour suprême ne croyait pas imaginer une institution nouvelle ; du moins, rien ne permet de le supposer. Elle ne parlait même pas de gage sans dépossession à un moment où pourtant le problème du gage sans déplacement était déjà d'actualité. Son intention apparente était d'appliquer, à la lettre, les textes du Code civil ; en réalité, elle faisait ici une application de cette doctrine récente du gage sans déplacement, dont on a voulu préciser la théorie à propos de l'organisation du crédit agricole. Malheureusement pour les promoteurs de cette institution, le gage sans déplacement n'est pas un gage : c'est une hypothèque.

---

(1) Pignolet. *De la dation en nantissement des fonds de commerce : Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1896, p. 393-410, plus spécialement p. 400.

On aurait encore passé condamnation sur cette application illogique de nos principes en faveur d'une institution nécessaire, si elle avait répondu, en pratique, à ce que l'on attendait d'elle. Mais on avait beau jeu pour en montrer les inconvénients au point de vue du crédit. Pour éviter toute surprise, les tiers se trouvaient tenus aux plus grandes précautions : les plus honnêtes commerçants pouvaient être soupçonnés ; leur crédit s'en trouvait atteint et diminué, alors que l'on voulait précisément le consolider et l'améliorer.

On répondait bien que le tiers prudent, sur le point de traiter avec un commerçant, n'avait qu'à se faire représenter le titre d'acquisition du fonds ; mais, outre qu'il est possible à un commerçant de se procurer plusieurs expéditions des titres de propriété de son fonds, la rapidité des affaires commerciales empêche qu'on puisse prendre cette précaution. D'ailleurs, bien des fournisseurs hésiteraient à donner à leurs clients une telle marque de défiance. Bien au contraire, ils chercheront, de prime abord, à ménager leurs susceptibilités, et à s'attirer leur sympathie. Enfin, il faut noter que bien des commerçants sont encore fondateurs de leur maison de commerce et ne peuvent, par conséquent, représenter de titre de propriété. Quant à se procurer des renseignements auprès du bailleur auquel le nantissement devait avoir été signifié, c'était un moyen offrant tant d'aléas et nécessitant le plus souvent tant de démarches délicates, longues ou infructueuses, qu'en fait, il n'était pas possible d'y penser.

Ce sont ces considérations pratiques qui engagè-

rent les tribunaux de commerce à se rallier à un système tout opposé et qui semble avoir été aussi préféré par la doctrine à cette époque.

SECTION II.

SYSTÈME DES TRIBUNAUX CONSULAIRES.

Les juges consulaires, rompus à la pratique des affaires, ne purent admettre ces conséquences inévitables du système précédent. « Pas de nantissement de fonds de commerce sans dépossession », telle est à peu près la conclusion unanime de toutes leurs décisions.

Au lendemain de l'arrêt qui créa la doctrine nouvelle, le tribunal de commerce de la Seine (1) sembla se rallier à la jurisprudence qu'il inaugurait. Mais depuis, tous les jugements (2) des tribunaux de

---

(1) Tribunal de commerce de la Seine, 5 juin 1891. D. P. 1893. 2. 108. *Pandectes françaises*, 1892. 2. 160. *Journal des tribunaux de commerce*, 1893, n° 12572, p. 411.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 9 janvier 1892. *Gazette du Palais*, 1892. 1. 327. *Journal des tribunaux de commerce*, 1893, n° 12492, p. 162 et note. — Même tribunal, 24 août 1893. *Gazette du Palais*, 1893. 2. 347. S. 1897. 2. 89. *Journal des tribunaux de commerce*, 1895, n° 12993, p. 35. — Tribunal de commerce de Saint-Etienne, 10 janvier 1894. *Gazette du Palais*, 1894. 1. 152. *Journal des tribunaux de commerce*, 1895, n° 13287, p. 809. S. 1897. 2. 89. — Tribunal de commerce de la Seine, 4 avril 1894. S. 1897. 2. 89. — Même tribunal, 26 juillet 1894. *Gazette du Palais*, 1895. 1. 67. Sous Paris, 6 juin 1896, précité. Voir ci-dessus p. 74. — Même tribunal, 4 août 1894, sous Paris, 4 janvier 1896, précité. Voir ci-dessus p. 73.— Même tribunal, 28 octobre 1894. *Le Droit*, numéro

commerce ont été unanimes à condamner la pratique mise à la mode par la Cour de cassation.

Un jugement du tribunal de commerce de Saint-Etienne du 10 janvier 1894 (1) précise, d'une façon remarquable, la pensée des juges des tribunaux de commerce en général : ses attendus ont été déjà bien souvent reproduits ; nous croyons pourtant utile de rappeler ici les plus caractéristiques : « La fiction juridique qui assimile un fonds de commerce à un droit incorporel ne peut empêcher que ce fonds ne soit inséparable des éléments matériels qui font connaître son existence aux tiers : un fonds de commerce constitue, au premier chef, un état apparent sur l'importance duquel les tiers règlent généralement leur crédit : c'est donc aller contre les principes fondamentaux de la loi du gage que de considérer comme valable la dation en gage d'un fonds de commerce dont le débiteur conserve la possession

---

du 26 novembre 1894. — Même tribunal, 13 décembre 1894. *Annales de Droit commercial*, 1895. J. p. 58. S. 1897. 2. 89. *Journal des tribunaux de commerce*. 1896, n° 13342, p. 84. *Journal des faillites*, 1895, p. 81. — Même tribunal, 26 février 1895. *Gazette du Palais*, 1895. 1. 515. S. 1897. 2. 89. *Pandectes françaises*, 1895. 2. 198. *Journal des tribunaux de commerce*, 1896, n° 13342, p. 84. — Même tribunal, 16 août 1895. *Gazette du Palais*, 1895. 2. 348. *Journal des tribunaux de commerce*, 1896, n° 13396, p. 254. *La Loi* du 14 septembre 1895. — Même tribunal, 21 novembre 1895. *Gazette du Palais*, 1896. 1. 194. *Journal des tribunaux de commerce*, 1897, n° 13663, p. 88. — Même tribunal, 18 janvier 1896. *Gazette du Palais*, 1896. 1. 258. S. 1897. 2. 89. *Journal des tribunaux de commerce*, 1897, n° 13699, p. 173. — Même tribunal, 6 mars 1896. *Gazette du Palais*, 1896. 1. 591. — Même tribunal, 15 juin 1897, sous Paris, 9 mars 1898. *Journal des tribunaux de commerce*, 1898, n° 14160, p. 561. — Tribunal de commerce de Lyon, 10 mai 1898. *Gazette du Palais*, 1898. 2. 289. *Annales de Droit commercial*, 1898. J. p. 352.

(1) 10 janvier 1894. Tribunal de Saint-Etienne, précité.

et continue l'exploitation sans qu'aucun signe extérieur ne révèle que cet élément d'actif ne fait plus partie du patrimoine de celui qui est appelé à devenir leur débiteur. »

Qu'importe, en effet, ainsi que nous l'avons fait observer, que le fonds soit une universalité juridique corporelle ou incorporelle, il faut tout d'abord satisfaire à la loi? Si en entrant, pour ce fonds, dans la voie du gage sans déplacement, on avait pris des dispositions pour que les créanciers pussent être informés des droits qui le grèvent, il est probable que les tribunaux de commerce, pratiques avant tout, ne se fussent pas montrés si intransigeants.

Les Cours d'appel eurent beau infirmer tous les jugements de tribunaux de commerce, qui leur furent soumis sur cette question, ces derniers ne se rallièrent jamais à la doctrine de la Cour de cassation. A Paris, où se pratiquait plus communément ce nouvel acte juridique, chaque litige, auquel il pouvait donner lieu, soulevait régulièrement un conflit entre le tribunal consulaire et la Cour. Fatigué de cette résistance, le tribunal de commerce de la Seine alla plus loin encore dans la voie où il s'était engagé; après avoir rappelé que le droit du créancier nanti peut être considérablement amoindri par l'exercice du privilège du bailleur sur tout ce qui garnit la maison louée (1), il finit par déclarer que le nantissement de fonds de commerce est toujours nul (2), comme constituant la condition impossible de

(1) Tribunal de commerce de la Seine, 13 décembre 1894, 16 août 1895, 21 novembre 1895, précités.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 18 janvier 1896, précité.

l'article 1172 du Code civil. Ce jugement constate d'abord, que le dessaisissement ne peut s'opérer qu'entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu. Dans le premier cas, de deux choses l'une, le créancier gérera, pour son compte ou pour le compte du débiteur ; s'il gère pour son compte, il agit comme propriétaire et il ne l'est pas ; s'il gère pour le débiteur, il est son mandataire : le dessaisissement est alors fictif. Dans le second cas, le tiers convenu, dépositaire pour le compte des deux parties, est mandataire du débiteur quant à la gestion : ce qui nous ramène au premier cas sous sa seconde face. De ce raisonnement, le tribunal conclut « que l'on arriverait à cette situation incompréhensible d'un fonds de commerce appartenant à un titulaire irresponsable et administré par un gérant également irresponsable qui n'aurait que la qualité de dépositaire ».

Si le nantissement de fonds de commerce, avec dépossession effective du débiteur, est pratiquement impossible, nous ne pensons pas qu'il le soit juridiquement. On conçoit parfaitement, en effet, l'exercice du commerce par le créancier ou un tiers convenu entre les parties.

Pourtant, bien peu de juges consulaires sont allés aussi loin. En général, ils se sont contentés de déclarer nuls des nantissements de ce genre dans lesquels le constituant était effectivement resté en possession de son fonds. Ils auraient donc assez facilement admis, semble-t-il, la validité d'un nantissement de fonds de commerce où le constituant se serait, au contraire, dépossédé au profit du tiers nanti.

La majorité des auteurs, pour qui le résultat pratique auquel la Cour de cassation arrivait, ne paraissait pas satisfaisant, se rangea du côté des défenseurs du droit (1) qui, par une sorte de contradiction singulière, se trouvaient être des juges consulaires. M. Thaller, M. Wahl, d'autres encore, donnèrent une forme plus complète à ce système dont les décisions précédentes nous laissent simplement soupçonner les détails d'exécution.

Dès le lendemain de l'arrêt de 1888, M. Thaller, de sa voix autorisée, faisait entendre cette protestation : « Nous ne voyons pas pourquoi, dit-il, l'on veut à toute force y voir (dans le fonds de commerce) une universalité juridique. Nous y trouverions plutôt un ensemble de valeurs qui les unes, comme la clientèle, ont une nature immatérielle, tandis que d'autres, telles que les marchandises, sont des meubles corporels. La volonté des parties peut réunir dans un contrat tous ces éléments ensemble, mais rien n'empêche non plus de traiter isolément de chacun d'eux (2). »

Cette doctrine que l'on rencontre ou que l'on peut plus ou moins induire de toutes les décisions des tribunaux de commerce sur la matière, a été notamment précisée par M. Wahl, avec sa compétence habituelle, dans une note que l'on trouve au *Recueil* de Sirey sous plusieurs arrêts de Cours d'appel et quelques jugements de tribunaux de commerce

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Nantissement, privilèges et hypothèques*, t. I, n° 81. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de Droit commercial*, 3e édition, t. III, n° 285, p. 231.

(2) Thaller. *Annales de Droit commercial*, 1889, D. p. 221.

réunis à titre de comparaison (1). « Il n'en est pas, dit-il, des éléments qui composent un fonds de commerce autrement que des animaux d'un troupeau, des livres d'une bibliothèque, des tableaux d'une galerie ou des arbustes d'une serre. Distincts au point de vue juridique, ils ne sont indivisibles que dans la pensée des parties. C'est ce que la doctrine admet sans difficulté..... et ce que les jurisprudences étrangères regardent comme indiscutable. (Voir note Cour d'appel de Bologne, 8 juin 1888. Foro Italiano, 1888, p. 940.) »

Pour M. Wahl et les auteurs qui jugeaient comme lui, le fonds de commerce n'était qu'une *universitas rerum* dont il n'y avait pas, par conséquent, à déterminer la nature corporelle ou incorporelle *in globo*.

La validité du nantissement du fonds devait donc, selon lui, être subordonnée à l'accomplissement des formalités prescrites pour la mise en gage de chacun des objets qui entrent dans sa composition (2).

Cet acte juridique eut ainsi exigé tout d'abord la tradition effective du matériel et des marchandises au créancier nanti ou à un tiers convenu. Il en serait ainsi s'ils étaient isolés (3). Pourquoi en serait-il alors autrement s'ils se trouvent accolés à d'autres biens mobiliers? Cette tradition eut dû être suivie de la mise de l'achalandage, du nom commercial, de

---

(1) Sirey, 1897. 2. 89, note.

(2) Thaller. *Annales de Droit commercial, loc. cit. Traité élémentaire de Droit commercial*, n° 71. — Wahl. *Dissertation*. S. 1897. 2. 89. — Magnin. *Essai sur le Nantissement des fonds de commerce : Annales de Droit commercial*, 1899, p. 394.

(3) Tribunal de commerce de la Seine, 3 septembre 1890. *La Loi* du 21 septembre 1890.

l'exercice du commerce, à la disposition complète du nouveau gérant, tiers ou créancier. Si le fonds de commerce s'était trouvé comprendre des brevets d'invention ou des marques de fabrique, il eut fallu remplir les formalités jugées nécessaires pour la mise en gage de ces valeurs prises isolément. Quant au droit au bail, il va sans dire qu'il eût été nécessaire de donner un exemplaire de ce bail au créancier gagiste et de signifier le nantissement au bailleur (1).

Cette signification au bailleur est nécessaire dans le système exposé notamment par M. Wahl, par application stricte de l'article 2075 *in fine*. Au contraire, elle ne s'explique pas, ainsi que nous l'avons remarqué, dans le système de la Cour de cassation. Ici pourtant, par la force des choses, on se serait souvent trouvé faire encore plus, en ce qui concerne le droit au bail, que de remplir purement et simplement les formalités prescrites pour les créances : l'exploitation effective d'un commerce entraîne très fréquemment l'occupation des lieux où il se pratique. Dans ce cas-là, la signification au bailleur eût donc été une formalité inutile et surabondante.

« Les inconvénients de notre système, dit M. Wahl, sont sensibles. » C'est, en effet, le système ancien rajeuni et précisé. Il en avait, par conséquent, tous les défauts. Nous les avons déjà exposés. C'étaient précisément tous ceux auxquels la Cour de cassation avait voulu parer par son arrêt du 13 mars 1888. Toutefois cela n'infirmait en rien son exactitude juridique, on pouvait seulement en conclure, comme son auteur, qu'une réforme était désirable.

(1) Guillouard. *Op. cit.*, n° 52.

SECTION III.

ÉTAT DE LA QUESTION AVANT LA LOI DE 1898.

Ce conflit de dix années avait eu néanmoins un résultat appréciable, c'était d'orienter, dans un sens déterminé, les recherches de ceux qui souhaitaient cette réforme.

Il s'agissait, en somme, de concilier les intérêts des commerçants, des détaillants, qui ont besoin de crédit, et ceux de leurs créanciers, de supprimer à la fois les inconvénients pratiques de la jurisprudence des Cours d'appel et de celle des tribunaux consulaires.

Un publiciste, M. Poulain de Corbion (1), proposait, pour y parvenir, deux solutions : 1° soit ajouter à l'article 92 du Code de commerce un paragraphe additionnel, obligeant le propriétaire d'un fonds de commerce qui veut établir sur lui un nantissement, de publier son intention dans un journal d'insertions légales, un certain nombre de jours avant la constitution définitive de cette sûreté, pour donner à ses créanciers la faculté d'y faire opposition ; 2° soit encore compléter ce même article 92 par une disposition décidant qu'un privilège ne peut subsister sur ce gage à l'égard des tiers qu'autant qu'une inscription aura été prise, dans les formes prescrites par les articles 2146 et suivants du Code civil, sur un

(1) Poulain de Corbion, dans la *France vinicole*, cité par Barbier.

registre spécial tenu par le conservateur des hypothèques.

De ces deux solutions, la première était nuisible aux intérêts du constituant et insuffisante pour la protection de ses créanciers postérieurs ; la seconde était plus près de la vérité et plus digne d'être prise en considération.

M. Wahl était également d'avis que l'on pouvait arrriver à un résultat satisfaisant « en permettant au débiteur de garder la possession du fonds donné en nantissement et en organisant des mesures de publicité qui permettent aux tiers de connaître le nantissement et le privilège qu'il confère au gagiste vis-à-vis d'eux. Il suffira pour cela, ajoutait-il, d'établir un registre dans lequel seront inscrits les nantissements ou, si l'on veut, les hypothèques de fonds de commerce (1). »

C'était bien là faire une brèche à l'article 2119 du Code civil.

Mais cette exception à un principe déjà trop rigide en soi apparaissait comme justifiée. Il est, en effet, des meubles qui, en dépit de leur nature, s'accommodent d'un certain droit de suite et ont assez de fixité pour que l'on puisse concevoir une publicité efficace des droits réels dont ils sont susceptibles (2).

---

(1) *De la Dation en nantissement des fonds de commerce : Revue critique des sociétés et de droit commercial*, 1902, p. 65-91, 241-272, 401-413, plus spécialement p. 87. — Wahl, note citée. — Dans le même sens : Pignolet. *De la Dation en nantissement des fonds de commerce : Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1896, p. 393-410, plus spécialement p. 408.

(2) Guillouard. *Op. cit.*, n° 89. — Laurent. *Op. cit.*, t. XXVIII, n° 476.

Déjà, sous l'influence de considérations analogues, les lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885 avaient organisé l'hypothèque maritime. Ne pouvait-il pas en être de même (1) et pour les mêmes motifs des fonds de commerce très difficilement transportables et qui, en tous cas, lorsqu'ils sont transportés, ne le sont, dans la très grande majorité des hypothèses, que dans l'intérieur d'une même localité ? D'ailleurs, dans cette voie, même avant 1898, on avait déjà été beaucoup plus loin en faveur de l'agriculture. La loi sur les banques coloniales du 11 juillet 1851 prévoit le prêt sur cession de récoltes, qui n'est autre chose qu'une hypothèque de récoltes, lesquelles sont pourtant beaucoup plus transportables que les fonds de commerce. Dans la métro-

---

(1) A Rome, où l'on a connu et pratiqué l'hypothèque mobilière, l'ensemble des marchandises d'un commerçant, son fonds, sa *taberna* était susceptible d'hypothèque *ut universitas*. Si l'ensemble était grevé de ce droit, chacune des parties n'en étaient affectées que tant qu'elles y étaient incorporées. En somme, le droit hypothécaire portait sur toutes les marchandises composant le fonds au moment de l'exercice du droit. (*De Pignoribus*, D. XX. 1. 34. pr.)

Dans notre ancien droit, certains juristes voyaient dans le fonds de boutique un immeuble ou, du moins, le considéraient comme tel. A ceux-là, l'hypothèque de ce fonds pouvait sembler possible. D'autres le tenaient pour meuble. Et l'on peut en conclure qu'ils le considéraient comme uniquement susceptible de gage, puisqu'à l'exception de quelques rares coutumes où les meubles pouvaient faire l'objet d'une hypothèque imparfaite, un meuble ne pouvait être l'objet d'un droit de préférence qu'à condition d'être remis aux mains du créancier bénéficiaire d'un droit de nantissement sur lui. (Gombeaux. *Op. cit.*, p. 216.)

La question de savoir si le fonds de commerce était meuble ou immeuble, fut même encore débattue le 8 fructidor an III par le tribunal de Cassation qui la résolut dans le premier sens. (Gombeaux. *Op. cit.*, p. 218.)

pole même, on cherchait depuis longtemps aussi à organiser l'hypothèque mobilière des récoltes et instruments agricoles, en la dissimulant mal sous le nom de gage sans déplacement.

Même à cette époque, bien des législations étrangères avaient des dispositions de ce genre en faveur de l'agriculture (1). Nous n'en citerons qu'une parmi les législations les plus anciennes : la législation du canton de Zurich.

« D'après une institution connue sous le nom de *Pfandverschreibung*, dit M. Lehr, le créancier peut acquérir, sur certains objets mobiliers appartenant au débiteur, un droit de gage tout idéal et dépourvu de saisine tout comme l'hypothèque en matière immobilière. Ce droit se crée au moyen d'une inscription prise sur un registre spécial, le *Pfandbuch*. Le gage reste entre les mains du débiteur à titre de dépôt (2). »

Le Code fédéral des obligations, dans son article 210, a supprimé en principe cette institution en autorisant toutefois les cantons à la réorganiser s'il leur convenait, mais uniquement sur les bestiaux.

C'est ce qu'a fait le nouveau Code de Zurich (3). On pourrait multiplier les exemples. N'insistons pas ;

---

(1) Loi belge du 5 avril 1886. *Annuaire de législation étrangère*, année 1884, p. 469, 473. — Loi brésilienne du 5 octobre 1885. *Annuaire de législation étrangère*, année 1885, p. 712. — Loi italienne du 23 janvier 1887. *Annuaire de législation étrangère*, année 1887, p. 493. — Loi roumaine du 9 avril 1894. *Annuaire de législation étrangère*, année 1894, p. 816.

(2) Lehr. *Eléments de Droit civil germanique*, t. I, n° 120.

(3) *Nouveau Code du canton de Zurich*, traduction Lehr, A. 403-413.

car la question a trop d'ampleur. Constatons seulement que l'organisation du gage sans déplacement (*aliàs* l'hypothèque mobilière), est aujourd'hui à l'ordre du jour en France, comme à l'étranger, pour le développement de l'agriculture et du commerce. Tel est justement le principe dont s'inspire la loi du 1er mars 1898, à laquelle nous arrivons.

DEUXIÈME PARTIE

LE NANTISSEMENT DE FONDS DE COMMERCE

Sous le régime de la loi du 1er mars 1898.

Malgré les protestations de la doctrine, malgré la résistance opiniâtre des tribunaux consulaires, le nantissement de fonds de commerce, tel qu'il était compris par l'arrêt de principe du 13 mars 1888, était devenu, sous la protection des Cours d'appel, d'un emploi fréquent dans les centres commerciaux, tels que Paris, et, par une bizarrerie singulière, tout particulièrement à Bercy, dans la corporation des marchands de vin. Mais les inconvénients, signalés par les adversaires de cette coutume, en devinrent bientôt si palpables qu'il fallut songer à y porter remède. Dès 1893, M. Millerand, député, dans la circonscription duquel se trouvait Bercy, déposait un projet de loi qui est devenu la loi dont nous allons nous occu-

per. Cette loi, destinée à produire l'apaisement dans la jurisprudence, en consacrant positivement cette institution nouvelle, a, au contraire, multiplié les conflits et les controverses. Son sens et sa portée ont déjà fait l'objet de sérieuses discussions. Ses dispositions sont insuffisantes ; on s'en persuade aisément quand on examine successivement à quelles conditions un nantissement de fonds de commerce est désormais valable, quelle est l'étendue de son objet, quels en sont les effets. Nous allons rappeler en premier lieu dans quelles circonstances cette loi fut votée, pour fixer ensuite les principes qu'elle consacre ; puis nous passerons à l'étude juridique du nantissement de fonds de commerce sans déplacement que nous lui aurons vu tout d'abord établir.

CHAPITRE PREMIER.

La loi du 1er mars 1898 ; son sens et sa portée.

L'enfantement de la loi du 1er mars 1898 a été fort long ; elle fut cependant votée par le Parlement sans discussion ; son élaboration fut donc fort simple. D'ailleurs, elle est très courte et très brève : c'est une qualité que possèdent bien peu de nos lois. Malheureusement, et réserve faite des défauts de cette qualité qu'elle possède à un très haut degré, et sur lesquels nous aurons à revenir plus tard, son texte prête quelque peu à l'équivoque. Nous serons donc obligés de préciser son sens et sa portée à l'aide des travaux préparatoires qui l'ont précédée et que nous allons d'abord parcourir.

SECTION PREMIÈRE.

ÉLABORATION DE LA LOI DU 1er MARS 1898.

La genèse de la formation de cette loi est peu compliquée. Le 1er mai 1893 (1), M. Millerand déposa à la Chambre des députés une proposition de loi tendant à modifier l'article 2075 du Code civil dans le but de faciliter les nantissements de fonds de commerce.

« Une jurisprudence constante, disait l'exposé des motifs, range les fonds de commerce au nombre des meubles incorporels.

» En conséquence, pour que le propriétaire d'un fonds en opère le nantissement, il ne lui est point nécessaire de s'en déposséder. Le contrat de gage demeure donc caché aux tiers. »

L'exactitude juridique du système de la Cour de cassation, touchant la constitution en gage du fonds de commerce, n'était donc pas mise en doute; le seul but du projet était de remédier au défaut capital de ce système, à la clandestinité du droit du créancier gagiste.

« Il n'est utile, ajoutait-il, que de prescrire la publication de toute dation en nantissement de fonds de commerce.

» Cette innovation ne fait aucune brèche dans le

(1) *Journal officiel*, Chambre des députés, doc. parl., 1893, annexe nº 2716, p. 663 et suiv.

système que le législateur de 1804 a appliqué au contrat de gage. Nous inspirant des besoins du commerce, nous vous proposons seulement d'adapter à une situation particulière une publicité spéciale.

» Peut-être pourra-t-on transporter cette disposition nouvelle dans l'organisation du crédit agricole. »

Suivait la teneur de la proposition de loi, ainsi conçue :

« Article unique. — L'article 2075 du Code civil est ainsi complété : En outre, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité, recevoir mention sur le registre public, tenu, à cet effet, au greffe du tribunal de commerce du domicile du cédé. »

La commission d'initiative, à laquelle fut soumise la proposition Millerand, conclut à sa prise en considération. La Chambre se rangea à son avis, dans sa séance du 19 juin 1893, mais la législature expirait bientôt sans que cette réforme eût abouti.

A la législature suivante, cette proposition fut à nouveau présentée par M. Millerand, avec le même exposé des motifs et la même disposition, à la Chambre des députés, à la séance du 18 mai 1895. Elle fut l'objet d'un rapport sommaire de M. Laurençon, et d'un autre rapport de M. Millerand lui-même, demandant à la Chambre de la voter (1).

---

(1) Proposition de M. Millerand. *Journal officiel*, Chambre des députés, doc. parl., 1895, annexe n° 1324, p. 516. — Rapport sommaire de M. Laurençon. *Journal officiel*, Chambre des députés, doc. parl., 1897, annexe n° 2523, p. 1406. — Rapport de M. Millerand. *Journal officiel*, Chambre des députés, doc. parl., 1898, annexe n° 2771, p. 93. — Déclaration d'urgence et adoption le 16 novembre 1897.

Ce dernier y affirmait tout d'abord que sa proposition de loi ne touchait en rien « aux modifications générales qu'on pourrait proposer à la constitution du nantissement des choses mobilières ».

Il disait n'avoir d'autre but que de « faire cesser un conflit parvenu à l'état aigu entre la jurisprudence des tribunaux consulaires et celle de la Cour de cassation...

» Dans le système des Cours d'appel, en effet, la mise en possession du créancier gagiste est quasi-symbolique. Rien ne traduit aux yeux des tiers, intéressés à connaître la situation réelle du débiteur, l'existence du contrat de gage par lequel il a secrètement conféré à l'un de ses créanciers un privilège. Aucun obstacle n'empêche, et il est arrivé qu'un commerçant donne son fonds en gage plusieurs fois de suite.

» Aussi les tribunaux de commerce se refusent-ils à adopter une doctrine qui entraîne de telles conséquences...

» Comme la dépossession effective du commerçant et la remise du fonds aux mains du créancier gagiste seraient pratiquement impossibles, les conséquences rigoureuses de la théorie adoptée par les tribunaux consulaires seraient, en fait, l'interdiction de la dation en nantissement des fonds de commerce. »

Pareille conclusion lui semblant une atteinte au droit de propriété, il n'hésitait pas à adopter le système inauguré par la Cour de cassation, sauf à en corriger les effets désastreux pour le crédit par une publicité appropriée.

En ce qui concernait le mode de publicité choisi, M. Millerand ajoutait : « En préférant la publicité d'un registre du greffe à celle des journaux judiciaires, on a voulu... de la discrétion pour le débiteur..., la conservation des renseignements et la certitude de les trouver pour les tiers. »

Au texte primitivement proposé et qui demandait l'inscription au greffe « du domicile du cédé », M. Millerand apportait une modification tendant à l'enregistrement du nantissement « au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé le fonds ».

La Chambre des députés vota, sans aucune discussion, ce nouveau texte, appuyé ainsi des mêmes considérations que l'ancien.

Transmis au Sénat, ce projet de loi fut l'objet d'un savant rapport de M. Thézard (1), proposant plusieurs modifications au texte voté par la Chambre, la plupart touchant la forme; l'une d'elles cependant avait une portée plus large : elle ne tendait rien moins qu'à supprimer, en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'article 2076 du Code civil.

« Le texte voté par la Chambre, disait le rapport de M. Thézard, débutait par ces mots : « En outre, la dation en nantissement... » Les mots « en outre » ont disparu de notre rédaction, et il en résulte une différence notable.

» D'après la proposition votée à la Chambre, la publicité par voie de mention sur un registre était

(1) *Journal officiel*, Sénat, doc. parl., 1898, annexe n° 94, p. 809.

une condition s'ajoutant à celle déjà indiquée dans la première partie de l'article 2075, savoir la notification du titre au débiteur, c'est-à-dire qu'on avait maintenu la règle reconnue par l'arrêt de 1888 précité, la nécessité de la signification au propriétaire locateur.

» Par la suppression des mots « en outre », nous faisons de la publicité une condition indépendante et qui se suffit à elle-même en matière de nantissement de fonds de commerce. Nous avons, d'ailleurs, montré, par avance, le caractère illusoire de la signification à faire au propriétaire locateur ; elle n'ajoute rien à la sauvegarde des intérêts qu'il s'agit de protéger.

» La portée de la disposition nouvelle va plus loin ; elle supprime aussi nécessairement, en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'article 2076, c'est-à-dire la mise de l'objet en la possession du créancier ou d'un tiers.

» Cette mise en possession est, en réalité, incompatible avec la nature du fonds de commerce, et si l'arrêt de 1888 l'avait cependant appliquée à l'acte de bail, c'était par la nécessité de rattacher d'une façon quelconque aux règles du Code civil une matière que celui-ci n'avait point prévue et tout en faisant entrevoir, par ses motifs mêmes, l'utilité d'une solution différente... »

Bien plus, pour la commission et M. Thézard, cette manière de voir était à consacrer, non seulement pour les meubles incorporels, mais encore pour les meubles corporels faisant partie d'un fonds de commerce.

« Il y a là, ajoutait plus loin M. Thézard, un

ensemble indivisible, lequel a la nature incorporelle, bien que pouvant contenir des objets corporels : telle l'hérédité pour les jurisconsultes romains. C'est donc par le caractère de cet ensemble, considéré comme objet principal, qu'il faut déterminer la règle à suivre ; les objets particuliers qui y sont compris ne sont que des accessoires ou des instruments qui doivent suivre le même sort... »

Et il terminait ainsi : « En donnant aujourd'hui droit de cité au fonds de commerce parmi les universalités de droit et en traçant, pour sa dation en nantissement, des règles appropriées à sa nature, nous supprimons par là même les exigences inutiles et sans objet auxquelles il avait fallu se résigner. »

Le texte qui, à la suite de ce rapport, fut, en conséquence, soumis au Sénat, était le suivant :

« Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. »

Ce texte a été voté sans discussion par le Sénat le 8 février 1898 (1). Transmise à la Chambre des députés (2), cette nouvelle rédaction y fut également adoptée à mains levées à la séance du 25 février suivant (3) et devint la loi du 1er mars 1898.

---

(1) *Journal officiel*, Sénat, débats parl., 1898, p. 118.

(2) Transmission à la Chambre des députés, le 11 février 1898. *Journal officiel*, Chambre des députés, doc. parl., 1898, annexe n° 3022. — Rapport de M. Millerand. *Journal officiel*, Chambre des députés, doc. parl., 1898, annexe n° 3034, p. 680.

(3) *Journal officiel*, Chambre des députés, débats parl., 1898, p. 848.

SECTION II.

SENS DE LA LOI DU 1er MARS 1898.

Le sens de cette loi, si courte qu'elle ne comprend qu'un seul article, n'échappe à personne de ceux qui parcourent attentivement les travaux préparatoires. Malgré le temps mis à sa confection, malgré la science et la qualité de ceux qui l'ont préparée, il faut convenir pourtant que son texte et la place qui lui a été attribuée au Code civil prêtent à l'équivoque. Aussi n'est-il pas étonnant que son interprétation ait donné lieu ici à une controverse déjà célèbre qu'il importe de rappeler.

La loi nouvelle, en effet, se contente de décider que toute dation en nantissement d'un fonds de commerce sera publiée sur un registre spécial. Laissons actuellement de côté les détails de cette publicité; tenons-nous-en uniquement au principe. Or, cette disposition, qui forme maintenant le paragraphe 2 de l'article 2075 du Code civil, semble bien en faire, si l'on se borne à la lecture des textes, une condition nouvelle à ajouter ici à celles déjà exigées par le paragraphe 1er de l'article 2075 pour la mise en gage de tous autres meubles incorporels et particulièrement des créances. La mise en possession du créancier nanti d'un fonds paraît d'autant mieux continuer à être indispensable, symboliquement tout au moins, que l'article 2076 du Code civil persiste à affirmer, immédiatement après, que, « dans

tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été et est resté en la possession du créancier ».

Mais les travaux préparatoires sont, sur ce point, tellement explicites qu'aucun doute ne peut subsister. Aussi, lorsqu'on a lu le rapport de M. Thézard, on est parfaitement étonné de constater qu'il s'est trouvé des juristes et des magistrats pour soutenir que la publicité du nantissement, actuellement prescrite par l'article 2075, paragraphe 2, ne suffisait pas à le valider vis-à-vis des tiers, mais qu'il fallait encore observer, comme pour la constitution en gage d'un meuble incorporel quelconque, les prescriptions de l'article 2075, paragraphe 1er.

Ces deux manières extrêmes d'interpréter la loi du 1er mars 1898, qui laissent encore place à un système intermédiaire et à un quatrième qu'on peut qualifier de suranné, se partagent pourtant les principales décisions judiciaires intervenues depuis sur la matière.

C'est le tribunal de la Seine (1) qui, le premier, eut à statuer sur l'application de la loi nouvelle. Il s'agissait d'un fonds de boulangerie qui avait été donné en nantissement avec signification du contrat de gage faite au bailleur et inscription au greffe ; les premiers juges refusèrent d'admettre le créancier gagiste, par privilège, à la faillite du débiteur, parce qu'il n'y avait pas eu remise du gage conformément à l'article 2076, le créancier gagiste n'ayant pas été

(1) Tribunal de commerce de la Seine, 5 novembre 1898. V. Paris, 23 mars 1900. D. P. 1901. 2. 97, 1re espèce.

mis en possession de l'expédition du bail, détenue par le débiteur, et de l'acte de cession de fonds. La Cour de Paris (3e chambre) confirma ce jugement par adoption de motifs (1). Il est curieux de constater que la formalité nouvelle est à peine visée par les décisions de ces deux juridictions, qui ne paraissent pas soupçonner l'importance du paragraphe nouveau ajouté à l'article 2075 du Code civil.

Le 15 novembre 1899 (2), deuxième décision du tribunal de la Seine dans une espèce plus complexe : ce n'était plus le créancier gagiste primitif qui réclamait le bénéfice du privilège, mais son cessionnaire. Cette fois, le tribunal a annulé le nantissement pour cette double raison que l'inscription au greffe d'une part, la remise des titres et la signification au bailleur d'autre part, avaient été omises.

Une troisième décision du tribunal de commerce de la Seine, du 29 mars 1900 (3), discutait déjà la portée de la loi récente, mais pour conclure au système adopté par les deux jugements précédents : « Attendu, dit-elle, que le législateur n'a prétendu en rien innover aux principes dont s'agit, mais uniquement, en ajoutant aux prescriptions générales établies, mieux sauvegarder l'intérêt des tiers par un moyen de contrôle spécial, lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce donné en nantissement; qu'en effet

---

(1) Cour de Paris, 23 mars 1900. D. P. 1901. 2. 97, 1re espèce.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 15 novembre 1899. *Journal des tribunaux de commerce*, 1901, p. 293.

(3) Tribunal de commerce de la Seine, 29 mars 1900. D. P. 1901. 2. 97, 2e espèce. — Dans le même sens : Tribunal de commerce de la Seine, 2 mars 1900. D. P. 1901. 2. 97, 7e espèce.

l'article unique de la loi du 1er mars 1898 porte expressément que les formalités édictées « complètent » l'article 2075; que l'emploi de ce terme est exclusif de toute idée de suppression des prescriptions antérieures, lesquelles doivent, dès lors, subsister dans leur ensemble. »

Pour fixer ainsi les intentions du législateur de 1898, il faut, de toute nécessité, que les juges consulaires n'aient pas consulté les travaux préparatoires ; ils ne les visent pas, d'ailleurs, dans leurs attendus ; et, à la vérité, les lois ne doivent-elles pas se suffire à elles-mêmes quand elles sont bien faites?

Cependant, la Cour de Paris, par un arrêt (1) de la sixième chambre, se rangeait bientôt à nouveau à cette doctrine et la précisait encore après examen des travaux préparatoires : « Attendu, disait notamment cet arrêt, que l'opinion contraire a été, il est vrai, soutenue dans les travaux préparatoires ; mais que, si elle a trouvé place dans le rapport présenté au Sénat, elle ne s'est pas traduite dans les dispositions de la loi..... ; que, quelque autorité qui s'attache aux travaux préparatoires, ils ne sauraient ni suppléer la loi, ni prévaloir contre le texte, lorsqu'il est, comme dans l'espèce, d'une netteté qui ne laisse aucune place à l'interprétation du juge. — Par ces motifs, met l'appellation à néant, etc. »

A ce système que d'autres décisions judiciaires ont encore consacré (2), s'en oppose un autre qui, s'en tenant assez logiquement aux déclarations bien

(1) Cour de Paris (6e ch.), 1er août 1900. D. P. 1901. 2. 97. 7e espèce.
(2) Tribunal de commerce de Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900. D. P. 1901. 2. 97, 10e espèce.

nettes de M. Thézard, conclut à la validité d'un pareil nantissement, par le seul effet de la convention des parties et de l'inscription au greffe. Parmi les promoteurs de cette interprétation, il est curieux de rencontrer, après le tribunal de commerce du Havre (1) cependant, le tribunal de commerce de la Seine (2); mais il convient d'ajouter que sa décision du 17 mars 1900 est la seule rendue par lui en ce sens dans cette matière et qu'il revint, aussitôt après, à ses premiers errements. La Cour de Rouen, la première de toutes les Cours d'appel, reprit la même thèse, la développa et lui donna une forme plus juridique dans son arrêt du 25 juillet 1900 (3). « Attendu, dit-elle, que vainement B... voudrait s'appuyer sur les dispositions de l'article 2076 du Code civil, pour demander, à raison du défaut de mise en possession du créancier gagiste, la nullité du nantissement; que cet article, qui subsiste pour la validité d'un nantissement autre que celui d'un fonds de commerce, n'est pas plus que le premier paragraphe de l'article 2075, applicable à l'objet spécial de la loi du 1er mars 1898, laquelle se suffit à elle-même... »

Cette manière de voir fit rapidement école : le 6 novembre 1900 (4), le tribunal civil des Andelys, et le 7 décembre 1900 (5), le tribunal de commerce

---

(1) Tribunal de commerce du Havre, 31 mai 1899. *Gazette du Palais*, 1899. 2. 382. *Annales de Droit commercial*, 1900, p. 93.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 17 mars 1900. *Gazette du Palais*, 1900. 1. 688.

(3) Cour de Rouen, 25 juillet 1900. D. P. 1901. 2. 97, 6e espèce.

(4) Tribunal civil des Andelys, 6 novembre 1900. D. P. 1901. 2. 97, 8e espèce.

(5) Tribunal de commerce d'Angers, 7 décembre 1900. D. P. 1901. 2. 97. 9e espèce.

d'Angers s'y rallièrent. Quelques-uns des motifs de cette dernière décision méritent d'être particulièrement cités : « Attendu qu'il (le législateur) a voulu créer, en cette matière, des règles spéciales, plus simples que celles édictées par les articles 2074 et 2075 du Code civil et, en même temps, plus efficaces pour protéger les tiers contre les engagements occultes des commerçants ; qu'il a ainsi institué, comme condition unique et suffisante de la validité des nantissements de fonds de commerce, l'obligation de l'inscription du contrat sur un registre public, tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ; attendu que le texte de la loi et les travaux préparatoires ne peuvent laisser aucun doute à cet égard, que la volonté du législateur ressort avec évidence tout particulièrement de la suppression des mots « en outre »... ; attendu que c'est vainement qu'il est soutenu, dans une opinion contraire, que l'article nouveau ayant été fait pour compléter l'article 2075, la publicité, nouvellement édictée, devrait se cumuler avec les prescriptions antérieures de cet article ; qu'il faut entendre, en effet, ce mot « compléter » en ce sens que la loi du 1er mars 1898, en réglant les conditions de validité des nantissements de fonds de commerce, a voulu compléter l'organisation du gage, c'est-à-dire ajouter aux règles concernant les diverses sortes de biens meubles corporels, créances mobilières qu'un débiteur peut donner en garantie à son créancier, celles relatives à cette autre catégorie de valeurs qui constituent l'entité juridique appelée fonds de commerce... »

Les Cours d'appels (1) de province, pour la grande majorité tout au moins, entrèrent délibérément dans cette voie : « Attendu, il est vrai, dit la Cour de Dijon, dans son arrêt du 17 mai 1901, qu'il résulte du texte de l'article unique de la loi du 1er mars 1898 qu'il « complète » l'article 2075 ; mais que cette expression, rapprochée des déclarations faites au cours des travaux préparatoires, apparaît comme devant s'interpréter en ce sens que le législateur a ajouté, aux règles concernant le gage des objets incorporels, une réglementation spéciale pour le nantissement d'une catégorie particulière de ces objets incorporels consistant précisément dans le fonds de commerce...; que le législateur a manifestement indiqué qu'il envisageait le fonds de commerce, pris dans son ensemble, comme constituant un meuble incorporel et que, par suite, il excluait, à son égard, l'application des règles posées par l'article 2076 relativement à la mise en gage des meubles corporels... »

La jurisprudence, en général, paraît, d'ailleurs, s'orienter de plus en plus de ce côté : si l'on parcourt les derniers recueils judiciaires, on n'y trouve presque plus que des décisions en ce sens (2). La Cour

(1) Cour de Rouen, 2 janvier 1901. D. P. 1901. 2. 97, 12e espèce. — Cour de Grenoble, 14 novembre 1900. D. P. 1901. 2. 471, 1re espèce. — Cour de Besançon, 20 mars 1901. D. P. 1901. 2. 97, 13e espèce. *Journal des faillites*, 1901, p. 417. — Cour de Rouen, 8 mai 1901. *Journal des faillites*, 1901, p. 414. — Cour de Dijon, 17 mai 1901. D. P. 1901. 2. 471, 2e espèce. — Cour de Caen, 29 juin 1901. *Gazette du Palais*, 1901. 2. 250. — Cour de Poitiers, 1er juillet 1901. *Journal des faillites*, 1901, p. 411.

(2) Cour de Bourges, 29 avril 1901. *Gazette du Palais*, 1901. 1. 710. — Tribunal de commerce d'Angers, 19 juillet 1901. *Gazette du Palais*,

de Paris, elle-même, qui nous avait paru d'abord réfractaire à cette doctrine, l'accepte à son tour dans un arrêt du 20 janvier 1902 (1), émanant, il est vrai, de la huitième chambre, laquelle n'avait pas encore eu à se prononcer sur la question.

Entre ces deux systèmes opposés, on trouve l'inévitable système mixte qui se doit à lui-même de se classer dans toute controverse qui mérite ce nom. Il a été imaginé par la Cour de Rennes : mais, jusqu'à maintenant, cette Cour est la seule qui ait préconisé cette manière de voir, et encore ne peut-on citer d'elle qu'un seul arrêt en date du 27 juin 1901 (2). A la thèse si chère au tribunal de commerce et à la Cour de Paris, cet arrêt opposait que la loi de 1898 a eu incontestablement pour but de ne plus faire dépendre la validité du gage de la signification de l'acte au propriétaire locateur, la suppression des mots « en outre », indiquant suffisamment qu'elle entendait déroger aux principes antérieurement consacrés par la jurisprudence sur le nantissement de fonds de commerce. En revanche, il se prévalait

---

1901. 2. 167. — Cour de Nancy, 26 octobre 1901. *Gazette du Palais*, 1901. 2. 544. — Cour de Dijon, 26 novembre 1901. *Gazette du Palais*, 1902. 1. 40. — Cour de Rouen, 11 décembre 1901. *Gazette du Palais*, 1902. 1. 506. — Cour de Rouen, 20 novembre 1901. *Gazette du Palais*, 1902. 1. 52. — Cour de Rennes, 26 décembre 1901. *Gazette du Palais*, 1902. 1. 135. — Cour de Bordeaux, 24 février 1902. *Gazette du Palais*, 1902. 2. 139. — Cour de Dijon, 27 mars 1902. *Ibid.* — Cour de Nancy, 21 mars 1902. *Ibid.* — Tribunal civil de la Seine, 16 avril 1902. D. P. 1902. 2. 239. — Rouen, 9 décembre 1902. *Gazette du Palais*, numéro du 17 janvier 1903.

(1) Cour de Paris (8e ch.), 20 janvier 1902. *La Loi* du 5 février 1902. *Gazette du Palais*, 1902. 2. 181.

(2) Cour de Rennes, 27 juin 1901. *Gazette du Palais*, 1901. 2. 120.

contre le système adverse de la place donnée à la loi nouvelle et des termes de l'article 2076 : « Dans tous les cas... », pour décider que la dépossession symbolique du débiteur restait une des conditions essentielles de la validité de ce gage à l'égard des tiers.

Notons enfin, ne fut-ce que pour mémoire, un quatrième système pour lequel la loi de 1898 est, en quelque sorte, lettre morte. Il émane encore du tribunal de la Seine, que nous avons toujours trouvé si rebelle à toutes ces innovations, même législatives. Dans l'espèce dont il s'agissait, le nantissement avait été inscrit au greffe et signifié au bailleur; les titres de propriété sur le fonds et le bail des lieux avaient été remis au créancier gagiste. Pourtant les juges consulaires refusèrent d'admettre ce créancier au bénéfice de son privilège pour ces motifs, « qu'il résulte des débats et des documents produits, que les droits incorporels cédés n'étaient pas la partie principale et essentielle des objets donnés en gage; et qu'au contraire, les meubles corporels en constituaient la réelle valeur pour la plus grande partie...; que le caractère juridique d'une universalité de fait, ainsi créée par les emprunteurs, doit ressortir de son élément principal; que le gage était dès lors corporel; que la constitution du gage se trouvait donc régie par les articles 2075 et 2076 du Code civil, lesquels exigent une prise de possession...; qu'à l'encontre des tiers, la seule notification et la transcription au greffe n'eussent pu en opérer le dessaisissement (1)... »

---

(1) Tribunal de commerce de la Seine, 10 avril 1901. *Gazette du Palais*, 1901. 1, v° Nantissement, n° 16. *Le Droit*, du 10 mai 1901. — Dans le même sens : Tribunal de commerce de la Seine, 11 octobre

Cette théorie étrange est un anachronisme : elle prétend concilier la loi nouvelle et le système de l'arrêt de Cassation du 13 mars 1888 ; or, même en négligeant la jurisprudence qui a suivi cet arrêt et précédé la loi de 1898, il est aujourd'hui acquis, que, conformément au rapport de M. Thézard, cette loi a entendu faire du fonds de commerce un meuble incorporel au moins quant au nantissement, et, en tous cas, le prendre comme un tout dont la dation en nantissement, soumise à une forme unique, quelle qu'en soit la composition, est exempte des conditions anciennement exigées par les articles 2075, paragraphe 1er, et 2076 du Code civil pour les objets mobiliers en général.

Ce système écarté, que dire du troisième, formulé par la Cour de Rennes, qui, d'ailleurs, paraît l'avoir abandonné (1) ? Nous savons déjà que le rattachement de la loi nouvelle à l'article 2075 du Code civil est une inadvertance du législateur ; mais, d'autre part, si l'on tient compte des travaux préparatoires pour exclure, en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'article 2075, paragraphe 1er, il n'y a pas de raison pour continuer à y observer l'article 2076 ; il faut tenir les déclarations de M. Thézard pour indivisibles : or, elles excluent positivement ici l'application de ces deux textes. Du reste, cette manière de voir mériterait à peine d'attirer l'attention, si MM. Lyon-Caen et Renault

---

1901. *Gazette du Palais*, 1901. 2. 631. — Tribunal de commerce de la Seine (gage antérieur à la loi), 2 novembre 1901. *Gazette du Palais*, 1902. 2. 631.

(1) Cour de Rennes, 26 décembre 1901, précité.

ne s'y étaient aussi arrêtés un instant (1). Ils hésitent un peu sur le parti à prendre ; mais, en définitive, et, tout en regrettant que la loi ne se fût pas plus clairement expliquée, ils en arrivent, après examen des travaux préparatoires, à conclure comme nous.

On ne se trouve donc en présence que de deux systèmes vraiment sérieux : cependant, nous n'hésitons pas à mettre de côté le plus ancien en date, qui prétend appliquer simultanément la loi nouvelle et les articles 2075, paragraphe 1er, et 2076 du Code civil. Il nous semble inutile d'insister davantage. Les arguments que nous avons déjà fournis contre lui, tous ceux qu'une copieuse jurisprudence contraire et que nous avons rapportés lui oppose, à son tour, nous paraissent suffisants pour le détruire. Une doctrine semblable qui, en somme, s'appuie uniquement sur une pure discussion grammaticale, à savoir la présence de ce malheureux mot « compléter », qui, en outre, exige l'accomplissement de formalités inutiles et inefficaces, et qui, enfin, se refuse, sans motif, à tenir compte de travaux préparatoires d'une précision sans exemple, paraît bien difficile à soutenir. Aussi commence-t-elle à être peu à peu abandonnée, alors que le système de la formalité unique, gagne de jour en jour du terrain, en jurisprudence comme en doctrine (2).

---

(1) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 3e édit., t. III, nº 285 *bis*, p. 233.

(2) Ch. Beudant. *Les Sûretés personnelles et réelles*, t. I, p. 141, parag. 166. — Planiol. *Traité élémentaire de Droit civil*, 2e édit., t. II, p. 816, parag. 2709. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.* et *loc. cit.* — Lesur. *Du Nantissement de fonds de commerce*, thèse de Paris, 1901, p. 78. — Bellon. *Du Nantissement de fonds de commerce*, thèse de Paris, 1901, p. 107. — Ruffelet. *Du Nantissement de fonds de commerce*, thèse de Caen, 1902, p. 86 et suiv.

En résumé, il convient actuellement de conclure que le législateur a évidemment voulu supprimer les exigences de la jurisprudence antérieure, que la seule formalité de l'inscription au greffe valide le gage de fonds de commerce, pour lequel les art. 2075, paragraphe 1er, et 2076 du Code civil, sont désormais inapplicables : tel est le sens de la loi du 1er mars 1898.

SECTION III.

PORTÉE DE LA LOI DU 1er MARS 1898.

Le sens de la loi du 1er mars 1898 étant ainsi fixé, il est aisé de déterminer sa portée. Malgré sa simplicité, son apparence purement formaliste, cette loi est une manifestation positive d'une idée nouvelle dans notre droit moderne : la possibilité de la création de l'hypothèque sur certains meubles.

On prétend lui donner une portée plus large encore ; on dit qu'elle a fixé les caractères juridiques du fonds de commerce, qui est devenu désormais une universalité juridique et un meuble incorporel. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce second point de vue.

§ I. — *Nature du nantissement de fonds de commerce d'après la loi du 1er mars 1898.*

Il est incontestable, pour la doctrine comme pour la plus grande et la plus importante partie de la

jurisprudence, que la loi du 1er mars permet de donner en nantissement un fonds de commerce sans qu'il soit nécessaire d'une dépossession effective ou même symbolique du débiteur.

C'est là une dérogation remarquable à ce principe essentiel que le gage ne peut se constituer sans le déplacement de la possession du débiteur au créancier. Néanmoins, dit-on, cet acte juridique reste un gage : le dessaisissement n'est peut-être pas réellement effectué, mais il l'est « fictivement, en ce sens que le commerçant continue bien en fait à détenir sa chose, mais il la détient... pour le compte du créancier (1) ». On ajoute que le législateur n'a pas eu l'intention de réglementer ici autre chose qu'un gage, que son but a été simplement de faire connaître aux tiers l'existence du privilège du gagiste, devenu occulte par le défaut de tradition réelle. La meilleure preuve, prétend-on, en est dans la place assignée à la loi du 1er mars 1898, à la suite de l'article 2075. Ce ne serait en somme qu'une application d'une institution encore à l'état de projet au point de vue général et que l'on a baptisée le « gage sans déplacement ».

A un certain moment, en effet, le législateur français avait cru voir, dans cette prétendue institution nouvelle, un moyen efficace de crédit pour l'agriculture : il avait même la prétention d'en généraliser l'application ; il lui voyait une foule d'avantages : le gage sans déplacement devait procurer du crédit

---

(1) Lesur. *Op. cit.*, p. 79. — Dans le même sens : Ruffelet. *Op. cit.*, p. 112.

sans qu'il fût nécessaire de nantir le prêteur ou le créancier de l'objet donné en gage ; ce n'était qu'une simple variété du gage que nos textes de 1804 rendaient impossible, mais qu'un seul mot du Parlement pouvait permettre, sans même toucher, croyait-il, aux vieux principes de notre Code civil. « Ce qui est de l'essence de l'hypothèque, répondait M. Labiche dans son rapport sur l'organisation du crédit mobilier, c'est la constitution d'un droit de suite sur le bien qui en est l'objet (article 2114 du Code civil). Or, à raison même de leur nature, les biens meubles ne peuvent avoir de suite par hypothèque. L'article 2119 du Code, qui rappelle ce principe, n'est que la reproduction de la coutume de Paris (article 170, titre VIII) : « Meubles n'ont pas » de suite par hypothèque quand ils sont hors de la » possession du debteur. » Cette doctrine est si vraie que, même en recourant aux formalités de la transcription, il n'est pas possible de constituer un droit de suite sur les biens meubles. A moins de bouleverser toutes les règles de notre droit, à moins d'apporter un trouble profond dans toutes les transactions, l'acquéreur de bonne foi, mis en possession, devra toujours être préféré au créancier gagiste sans tradition, qu'il y ait ou non transcription (1). »

Il n'échappa pas davantage à la majorité du Sénat que le gage sans déplacement n'est pas un gage, n'entraîna-t-il même pas droit de suite au profit du

---

(1) V. rapport Labiche sur le projet de loi d'organisation du crédit réel mobilier. *Journal officiel*, Sénat, doc. parl., 1883, annexe n° 464, p. 997 et suiv.

créancier gagiste sur l'objet qui en est grevé : c'est une hypothèque, parfaite, si elle procure à ce créancier un droit de suite, comme cela peut arriver si elle porte sur un meuble incorporel, soustrait, comme chacun sait, à l'empire de l'article 2279 du Code civil, imparfaite, au cas contraire, ainsi qu'en témoignent certaines de nos vieilles coutumes, celles de l'Anjou ou du Maine notamment, qui, tout en admettant l'hypothèque mobilière, ne lui accordaient d'autres effets que celui d'un droit de préférence. Le gage a et aura toujours, pour caractéristique essentielle, la détention de l'objet servant de garantie par le créancier; sans cette détention, il y a peut-être gage en ce sens qu'il y a constitution d'une chose en garantie, mais il n'y a pas gage au sens restreint et vraiment juridique de ce mot. Que le législateur le veuille ou non, il ne peut aller contre cette distinction capitale et fondamentale, sans l'observation de laquelle la terminologie juridique n'est plus qu'un mot. Il aura beau voir dans le créancier nanti d'un fonds de commerce le bénéficiaire d'un droit de gage; il n'en faudra pas moins le considérer comme jouissant d'un droit d'hypothèque (1). Au surplus, l'idée de possession fictive est fausse : la possession est un fait, une mainmise; il n'est guère possible d'en concevoir la fiction. Enfin, sans la possession effective de la chose, le droit de rétention

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Du Nantissement, des privilèges et hypothèques*, 2e édition, t. I, n° 811, p. 71. — Montier. *Du Nantissement de fonds de commerce*, n° 87. — Planiol. *Op. cit.*, 2e édition, parag. 2709, p. 816. — Magnin. *Essai sur le nantissement de fonds de commerce : Annales de Droit commercial*, 1900, parag. 14, p. 29.

n'existe pas au profit du créancier gagiste : or, le droit de rétention mis à part, il n'y a plus de différence entre le gage et l'hypothèque.

Quoi qu'en disent ceux pour qui le terme d'hypothèque immobilière est encore aujourd'hui un pléonasme, les hypothèques mobilières sont une institution juridique possible, compatible même, dans une certaine mesure et pour certains objets, avec notre système législatif actuel. Avant la loi qui nous occupe aujourd'hui, on pouvait citer celle organisée par la loi sur les banques coloniales. L'étranger même nous donnait l'exemple sur ce point ; il a persisté dans cette voie et nombreuses sont aujourd'hui les législations qui ont établi sur cette base leur crédit agricole (1). Chez nous même, on a songé à faire profiter l'agriculture des avantages de l'hypothèque mobilière : la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles en est une preuve. D'ailleurs, si l'on peut hésiter à employer le mot propre lorsqu'il s'agit de denrées agricoles parce que l'on se heurte, dans l'organisation de cette institution sur ces objets, à des obstacles sérieux, tels que l'article 2279 du Code civil, et que l'on veut essayer de les tourner pour arriver au but désiré, il n'en est pas de même pour les fonds de commerce en faveur desquels on peut parfaitement justifier une dérogation à la règle impérative de l'article 2119 du Code civil.

Il est donc inexact de continuer à appeler la sûreté constituée sur un fonds de commerce, conformément à la loi du 1er mars 1898, un nantissement ou un

(1) V. ci-dessus 1re partie, p. 19.

gage : la loi cependant l'appelle encore de ce nom ; la jurisprudence la plus récente, celle même qui interprète comme nous le texte nouveau, conserve cette expression peut-être par respect pour la loi elle-même. Il convient de réagir contre cet usage, qui peut entretenir l'équivoque et fournir un aliment constant aux discussions et aux controverses : c'est, dans l'espèce, un terme impropre, désignant mal la chose qu'il exprime et dont la définition exige des explications préalables assez longues ; par contre, il n'y a aucun motif pour ne pas lui substituer le mot « hypothèque ». L'usage et la loi nous obligent à continuer d'appeler cette institution un nantissement : nous continuerons à le faire pour la commodité de la discussion, en lui donnant ainsi un sens détourné de son acception originelle. Notons cependant que la loi du 1er mars 1898 n'interdit pas le nantissement de fonds de commerce réalisé par la dépossession effective du créancier, et conformément à toutes les règles qui gouvernent la mise en gage des meubles corporels en général.

§ II. — *Nature juridique du fonds de commerce d'après la loi du 1er mars 1898.*

On a vu, dans la loi du 1er mars 1898, d'autres innovations d'une importance presque égale. On peut se demander, en effet, si, en édictant une formalité unique pour la mise en gage des divers éléments qui constituent un fonds de commerce, le législateur n'aurait pas, *ipso facto,* donné par là même à ce

fonds, jusque là simplement pourvu d'une unité économique, l'unité juridique que la jurisprudence antérieure des Cours d'appel avait cru nécessaire, malgré le silence de la loi, de mettre à la base du nantissement de fonds de commerce.

En ce sens, M. Magnin (1) est allé, selon nous, un peu trop loin : « Il est permis aujourd'hui, dit-il, de voir dans le fonds de commerce une universalité juridique, c'est-à-dire une sorte de pécule commercial, séparé par sa destination même des autres biens du commerçant, ayant ses créanciers et ses débiteurs, et dont l'aliénation comporte de plein droit cession à l'acquéreur des créances et dettes qui en dépendent. »

Les déclarations de M. Thézard, qui, dans son rapport au Sénat, traite le fonds de commerce « d'universalité juridique de nature incorporelle » et invite ses collègues à donner, par le vote de la proposition, « droit de cité au fonds de commerce parmi les universalités de droit », lui paraissent très significatives à cet égard, d'autant plus qu'aucune discussion ne s'est élevée sur ce point.

Cette élévation du fonds de commerce au rang des universalités de droit, assimilable désormais à l'hérédité, est, d'ailleurs, pour lui, conforme à la tendance générale actuelle à la création de petites universalités indépendantes dans des patrimoines plus importants.

---

(1) Magnin. *Essai sur le Nantissement de fonds de commerce : Annales de Droit commercial*, 1899, p. 384-400 et 469-476, et 1900, p. 28-39 ; plus spécialement, 1899, parag. 9, p. 398-399.

Elle aurait en outre des avantages : elle permettrait sans faire en aucune façon appel, comme en Allemagne, à une présomption de volonté, de faciliter le transfert au successeur des dettes et créances attachées à l'exploitation ; elle fixerait l'étendue de l'objet des actes juridiques accomplis sur un fonds de commerce sans aucune contestation possible, puisqu'il comprendrait toutes les valeurs contribuant, à un titre quelconque, à l'exercice du commerce auquel il correspond ; elle ferait enfin de tous ces éléments un tout, un et indivisible, leur assignant, par ce fait même, un sort analogue, dans le fond comme dans la forme, à celui fixé à l'ensemble, sous réserve pourtant des clauses contraires.

Sans insister davantage sur les développements intéressants que M. Magnin apporte à l'appui de cette doctrine, disons immédiatement qu'il n'est pas possible d'attribuer pareille portée à la loi qui nous occupe. Si elle a donné au fonds de commerce une certaine cohésion dans une hypothèse déterminée, si elle a fait du droit d'hypothèque, constitué sur son ensemble, un droit indivisible, il n'en faut pas conclure immédiatement à l'unité, à l'indivisibilité du fonds lui-même. On concevrait parfaitement que le législateur, se basant sur le lien économique qui unit tous les éléments qui le forment, eût soumis, pour des raisons pratiques, leur mise en gage à des formalités communes, même à une formalité unique, tout en n'y voyant qu'une simple universalité de fait.

En tous cas, la loi du 1er mars 1898, quoi qu'en dise le rapport de M. Thézard, n'a certainement pas

fait du fonds de commerce une universalité juridique. Si elle avait voulu réaliser une modification de ce genre, elle s'en serait clairement expliquée, une réforme de cette importance n'étant rien moins que la transformation radicale de la pratique française en matière de cession de ces fonds, ainsi qu'un échec à l'article 2092 du Code civil et aux dispositions législatives de ce même Code sur les cessions de créances.

Si l'on se reporte aux travaux préparatoires, on constate que le rapport Millerand ne fait aucune allusion à la détermination possible de la notion juridique de fonds de commerce. Le rapport de M. Thézard contient, il est vrai, les expressions que nous avons rappelées : mais il ne semble pas douteux que ces expressions étaient pour lui plutôt une façon de s'exprimer que des mots traduisant une conception bien arrêtée. Pour lui, le fonds de commerce n'est qu'un ensemble de valeurs actives, ne comprenant même pas de créances, puisqu'il s'en réfère, pour sa définition, à celle qui en est donnée par Me Labori (1).

La théorie de M. Magnin conduirait en outre à des résultats singuliers. Si, en effet, les dettes nées dans l'exercice du commerce devaient être rangées, de plein droit, parmi les éléments de ce fonds, on aboutirait à cette conséquence bizarre qu'à la répartition, les créanciers chirographaires primeraient le créancier qui en aurait été nanti : les parties resteraient libres,

---

(1) Voir d'ailleurs le rapport de M. Thézard, précité p. 105, et la définition de Me Labori, précitée p. 19.

il est vrai, d'exclure ces dettes du nantissement par clause spéciale ; mais il faudrait alors faire de l'exception la règle pour que cette sorte de nantissement ait un effet utile. Le législateur de 1898, qui organisait précisément le nantissement de fonds de commerce et voulait en faire un instrument de crédit, aurait été directement à l'encontre de son but, s'il avait eu de cette catégorie de biens une semblable conception.

Certains auteurs, assez rares (1), et quelques décisions (2) persistent au contraire à penser qu'après comme avant la loi du 1er mars 1898, le fonds de commerce doit être tenu pour une simple universalité de fait. Pour eux, la loi n'a organisé qu'une publicité de cette sorte de nantissement ; elle n'a pas touché à la détermination de la notion de fonds de commerce. Cette manière de voir est loin d'avoir été préconisée dans la seconde phase de l'élaboration de la loi, tout entière remplie du rapport de M. Thézard : s'il ne faut pas accorder à ce rapport plus d'importance qu'il n'en doit avoir, il convient cependant de ne pas le tenir pour quantité négligeable. C'est sur lui que la loi a été faite ; il peut donc l'expliquer, et, dans une certaine mesure, indiquer les motifs qui l'ont fait voter et l'état d'esprit du législateur. Or, il dit, en parlant de meubles attachés à ce fonds, qu'ils sont « légalement absorbés et entraînés » dans l'universalité juridique.

---

(1) Fouilleul. *Op. cit.*, p. 20. — Nantet. *Op. cit.*, p. 36 et suiv.

(2) Cour d'Amiens, 7 juillet 1900. D. P. 1902. 2. 97, 5e espèce. — Tribunal de commerce de la Seine, 10 avril 1901, précité.

Avec la majorité des auteurs (1), nous estimons que la loi nouvelle n'est sur ce point que la consécration de la jurisprudence antérieure des Cours d'appel : c'est à cela que se borne ici son rôle. Quand M. Thézard traitait le fonds d'universalité juridique, ses paroles dépassaient sa pensée : il ne faisait que s'en référer à la fois à une jurisprudence antérieure et à la terminologie par elle employée. Le fonds de commerce n'est donc ni une universalité de droit, au sens absolu de ce terme, ni une universalité de fait ; c'est une universalité juridique au sens improprement donné jadis à ce mot pour désigner, dans une certaine doctrine, le groupe des éléments composant un fonds de ce genre, c'est-à-dire une agglomération de valeurs positives dont l'ensemble a une existence juridique distincte de celle de chacune d'elles.

Mais cette conception reste relative : une telle fusion juridique d'éléments aussi hétérogènes, qui possèdent, en droit, des conditions différentes, ne peut être qu'artificielle. Elle n'est invoquée que pour faciliter le nantissement de fonds de commerce : elle reste spéciale à cet acte juridique (2). Les travaux préparatoires, et, après eux, la loi, se cantonnent dans cette sphère étroite : il est difficile d'aller plus loin. Pour tout autre contrat, par conséquent, le fonds de commerce reste ce qu'il était auparavant,

---

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Traité du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, 2e édition, t. I, n° 67, p. 52 et 53. — Sirey. *Lois annotées*, 1898, p. 448. — Ch. Simon. *Du Fonds de commerce*, ch. I. — Gombeaux. *Op. cit.*, p. 262. — Catalan. *Op. cit.*, p. 412. — Bellon. *Du Nantissement de fonds de commerce*, thèse de Paris, 1901, p. 120. — Ruffelet. *Op. cit.*, p. 49.

(2) Bellon. *Op. cit.*, p. 122. — Ruffelet. *Op. cit.*, p. 50.

c'est-à-dire dans l'opinion la plus répandue, une simple universalité de fait.

Très rares sont aujourd'hui les jugements et les arrêts qui traitent le fonds de commerce d'universalité juridique : mais quand ils emploient cette expression, c'est avec le sens que nous venons de lui attribuer (1).

Au reste, il est indiscutable que le fonds de commerce est, depuis la loi, et pour son nantissement, un meuble incorporel (2) ; les travaux préparatoires sont aussi significatifs que possible : le caractère d'universalité juridique, d'entité abstraite, qui lui est attribué, entraîne forcément, d'ailleurs, cette solution.

---

(1) V. notamment : Tribunal civil de Flers, 15 mai 1900 ; Cour d'Amiens, 7 juillet 1900 ; Tribunal civil des Andelys, 6 novembre 1900 ; Cour de Besançon, 20 mars 1901. D. P. 1901. 2. 97. 3e, 4e, 8e et 13e espèces. — Tribunal civil de la Seine, 6 avril 1902. D. P. 1902. 2. 239.

(2) V. notamment : Tribunal de commerce de la Seine, 29 mars 1900 ; Cour d'Amiens, 1er juillet 1900 ; Cour de Rouen, 25 juillet 1900 ; Cour de Paris, 1er août 1900 ; Tribunal de commerce de Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900. D. P. 1901. 2. 97. 2e, 3e, 6e, 7e et 10e espèces. — Cour de Dijon, 17 mai 1901. D. P. 1901. 2. 471.

CHAPITRE II.

Régime légal actuel du nantissement de fonds de commerce sans déplacement.

La loi du 1er mars 1898 a donc organisé avant tout l'hypothèque des fonds de commerce, tout en réservant, tacitement au moins, la possibilité de les mettre en gage dans les formes anciennes, moyennant le transport de la possession effective du débiteur au créancier. Mais cette dernière variété de nantissement de fonds de commerce ne doit pas nous retenir maintenant. Aussi bien, n'avons-nous qu'à nous reporter, en ce qui le concerne, à la première partie de ce travail. C'est désormais à la première espèce que nous allons nous en tenir.

Dès maintenant, nous pouvons observer que, réserve faite du point de savoir si le principe de cette institution nouvelle est bon en soi, sa mise à exécution a été insuffisamment organisée par le texte qui

la consacre. Le législateur a, semble-t-il, oublié qu'en matière de fonds de commerce, nous n'avions aucun texte législatif, et qu'il y avait lieu de fixer l'objet d'un droit réel de ce genre pour en déterminer l'étendue. Il a perdu de vue ou plutôt, il ne s'est pas aperçu que ce nantissement de fonds de commerce qu'il organisait n'était qu'une hypothèque et, par suite, il a omis d'en régler les effets, forcément différents de ceux du gage ordinaire. Enfin, il n'a pas réfléchi que nous n'avions pas de règles générales fixant la portée, les conséquences, et surtout les détails d'exécution de la publicité des droits réels mobiliers, et il s'est abstenu de nous renseigner sur ce point.

Cette loi est donc pleine de lacunes et il a fallu que l'usage et la jurisprudence y suppléent dans la mesure du possible. Cela n'est pas sans entraîner des incertitudes préjudiciables aux intéressés, sans soulever des conflits qui ne peuvent avoir d'issue que dans un débat judiciaire coûteux, prolongé et, en dernière analyse, nuisible à l'institution elle-même comme au crédit général. Nous aurons, d'ailleurs, l'occasion d'examiner en détail toutes les imperfections de la loi nouvelle en traitant successivement les questions relatives à la constitution, à l'étendue, aux effets, à l'extinction, à la transmission même du nantissement de fonds de commerce, établi selon ses prescriptions. Nous commencerons par en étudier la constitution, parce que ce doit être là une sorte de question préalable à l'examen plus approfondi de l'objet et des effets d'un nantissement quelconque de fonds de commerce.

SECTION PREMIÈRE.

CONSTITUTION ET PREUVE DU NANTISSEMENT.

L'existence et la validité d'un nantissement de fonds de commerce, sans déplacement de la possession, se trouvent subordonnées comme celles de tout acte juridique à la réunion de certaines conditions, soit de fond, soit de forme.

Pour les déterminer, il nous faut tenir le plus grand compte de la portée et du sens de la loi nouvelle. Dans l'organisation de ce nantissement, elle n'a voulu faire échec qu'aux articles 2075, paragraphe 1er, et 2076 du Code civil ; elle ne semble pas avoir eu l'intention de déroger aux autres règles du gage ordinaire, en tant du moins que ces règles ne sont pas incompatibles avec l'absence de dépossession du constituant.

Il en résulte que la condition de mise en possession du créancier gagiste, nécessaire à la validité du gage ordinaire, se trouve ici écartée et qu'il n'est même plus besoin d'exiger, à peine de nullité de ce nantissement, ni la transmission des titres de propriété sur le fonds au créancier nanti, ni la signification au bailleur.

Mais il y a lieu de respecter toutes les autres dispositions du Code civil intéressant la constitution du gage. Il ne peut donc y avoir de nantissement sur un fonds de commerce sans un accord des volontés du propriétaire de ce fonds et du créancier qui doit en bénéficier. On pouvait concevoir que ce nantisse-

ment eût d'autres sources que la convention : notre Code civil a ainsi organisé l'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire à côté de l'hypothèque conventionnelle ; toutefois, le nantissement légal, le nantissement judiciaire sont encore à créer.

L'article 2074 du Code civil qui exige la constitution du gage civil par écrit et la mention dans cet écrit de la somme due et des choses engagées, doit également, pour le même motif, conserver son application.

A ces deux conditions, qui, seules de toutes celles indispensables à la formation d'un contrat de gage de droit commun, doivent être exigées pour l'établissement de ce nantissement tout spécial, la loi du 1er mars 1898 en ajoute une troisième : elle décide expressément que ce nantissement devra être publié, à peine de nullité à l'égard des tiers, sur un registre réservé à cet effet.

Nous allons nous arrêter un instant à chacune de ces conditions.

§ I. — *Consentement.*

Comme pour tout contrat, le concours des volontés libres et conscientes du constituant et du bénéficiaire est nécessaire à l'existence même du nantissement. Il va sans dire que les parties contractantes doivent être capables de s'obliger ; mais il importe, en outre, que le constituant soit propriétaire du fonds de commerce, ait le droit de l'aliéner et de faire des actes de commerce si ce nantissement est commercial.

Au reste, pour tout ce qui concerne le consentement et la capacité, il n'y a qu'à se reporter purement et simplement aux principes généraux.

§ II. — *Constatation par écrit.*

Lorsque le nantissement de fonds de commerce est un acte civil, il doit, conformément à l'article 2074, être constaté par écrit, si sa valeur dépasse 150 francs. Pas plus que dans le gage ordinaire, cet écrit n'est prescrit à peine de nullité de la convention ; il est imposé comme seul mode de preuve admissible vis-à-vis des tiers.

Lorsque le nantissement est commercial — ce qui arrive le plus souvent — il semble qu'il y ait lieu de s'en référer (1) de même aux principes posés par l'article 91 du Code de commerce ; or, suivant ce texte, l'écrit n'est pas nécessaire à la constatation du gage commercial, même à l'égard des tiers ; quelle qu'en soit la valeur, ce gage peut être établi par tous les modes de preuve de l'article 109 du Code de commerce.

Des auteurs importants estiment, cependant, qu'il faut subordonner la validité du nantissement de fonds de commerce sans déplacement, même commercial, à la rédaction d'un écrit. Le fonds de commerce est un meuble incorporel ; or, l'article 91 du Code de commerce ne paraît viser, selon M. Lyon-

---

(1) Article anonyme, *Le Nantissement de fonds de commerce : Annales de Droit commercial*, 1901, p. 216. — Lesur. *Op. cit.*, p. 107. — Ruffelet. *Op. cit.*, p. 75.

Caen (1), que le gage de choses corporelles. A notre avis, cette disposition n'a pas une portée aussi restreinte : elle s'applique à tous les meubles, quelle qu'en soit la nature. MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (2), s'inspirant de considérations analogues, pensent également que l'écrit doit être, dans tous les cas, l'une des conditions nécessaires pour rendre cet acte opposable aux tiers. A la vérité, l'écrit ne peut être exigé que pour la preuve du gage civil.

On pourrait songer encore, pour justifier l'exigence de l'écrit dans notre hypothèse, à tirer un argument d'analogie de la matière des sociétés. Comme notre nantissement, le contrat de société, particulièrement lorsqu'il est commercial, doit être publié; or, l'accomplissement des formalités de publicité d'une société suppose la rédaction d'un écrit. Cette observation permet de considérer l'écrit qui doit le constater, non seulement comme seul mode de preuve admissible vis-à-vis des tiers, mais encore comme une sorte de préliminaire forcé de la publicité. Les situations ne sont cependant pas les mêmes. En matière de nantissement de fonds de commerce, les manifestations verbales de volonté sont plus faciles qu'en matière de société. D'autre part, les mentions relatives à la publicité du nantissement sont beaucoup plus simples que celles touchant à la publicité des sociétés. Enfin, l'écrit est déjà imposé *ad probationem* pour toutes les sociétés commerciales; il ne l'est, au contraire, que pour le gage civil.

---

(1) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 3e édition, t. III, parag. 285, p. 230, et aussi parag. 283, p. 228.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Op. cit.*, t. I, p. 54, parag. 67 II.

Néanmoins, l'intérêt bien entendu des parties et des tiers, la garantie de la responsabilité des détenteurs des registres d'inscription, sont des motifs assez puissants, à eux seuls, pour justifier la nécessité de l'écrit, même si le nantissement est commercial. Si les greffiers, chargés de la publicité, sont obligés de se contenter des déclarations verbales des intéressés, ils risquent de bonne foi, surtout dans les grandes villes, d'être trompés, de recevoir des déclarations de nantissement de personnes sans qualité pour les faire, d'induire par conséquent en erreur une foule de tiers sur le véritable crédit d'un commerçant, de nuire enfin aux propriétaires de fonds ainsi grevés de charges inexistantes. Aussi, en fait, presque tous les greffiers exigent-ils, avant de procéder à l'inscription, la production d'actes écrits ayant date certaine. Les instructions de plusieurs présidents de tribunaux de commerce, et notamment celles du président du tribunal de commerce de la Seine (1), paraissent impliquer cette manière de faire, qui se justifie très rationnellement.

Malheureusement, ce ne sont pas là des considérations d'ordre juridique; et, à défaut de prescription spéciale de la loi, nous en sommes réduits à convenir qu'en droit strict, le nantissement de fonds de commerce, établi verbalement, est opposable aux tiers, lorsqu'il est commercial.

---

(1) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 3e édition, t. III, parag. 285 *ter*, p. 234.

§ III. — *Publicité.*

La loi du 1er mars 1898 soumet de plus le nantissement de fonds de commerce sans déplacement à une publicité spéciale. L'inobservation de cette condition ne peut être une condition de nullité de l'acte qu'à l'égard des tiers, créanciers chirographaires du constituant antérieurs ou postérieurs au nantissement, acquéreurs subséquents ou propriétaires quelconques de droits réels sur le fonds de commerce. Cette publicité consiste en une inscription des nantissements sur un registre, tenu au greffe du tribunal de commerce du lieu où le fonds est exploité. Elle a été trouvée préférable à celle par voie de mentions dans des journaux d'annonces judiciaires, parce qu'elle procure des renseignements plus sûrement, sinon plus rapidement, surtout parce qu'elle est plus « discrète (1) ». Pour M. Thézard, le greffe du tribunal de commerce était, d'ailleurs, tout indiqué « comme dépôt des actes commerciaux qui intéressent les tiers (2) ». Est-elle très pratique? C'est un point sur lequel nous aurons l'occasion de revenir.

Le fonctionnement de cette publicité soulève de très nombreuses questions, auxquelles la loi n'a pas répondu, et pour lesquelles il importe de trouver des solutions.

Où, sur la réquisition de qui, comment et dans

---

(1) *Journal officiel*, Chambre des députés, doc. parl., session extraordinaire, 1898, annexe n° 2771, p. 93.

(2) Rapport Thézard, précité.

quels termes l'inscription d'un nantissement de fonds de commerce doit-elle être prise? Quelle sera sa durée ? Comment procédera-t-on aux radiations ou aux réductions d'inscriptions ? Dans quelles conditions les tiers pourront-ils prendre connaissance des mentions qui les intéressent ? Quelle sera la responsabilité des greffiers ? Autant de problèmes qui en soulèvent d'ailleurs d'autres accessoires, et auxquels, faute de dispositions légales, la pratique et la doctrine ont dû s'employer à donner une réponse.

I. — PRISE DE L'INSCRIPTION.

Où le nantissement devra-t-il être inscrit ? Le projet primitif de la loi actuelle prescrivait l'inscription au domicile du commerçant ; on l'a modifié dans la crainte que, au cas surtout où ce domicile ne serait pas fixé au même lieu que l'exploitation du commerce, les tiers, ignorant le domicile du propriétaire du fonds, ne fussent exposés à recevoir des renseignements faux, au lieu de cette exploitation. Le texte définitif décide que cette inscription doit être prise au greffe du tribunal de commerce du lieu où le fonds est exploité. Des difficultés peuvent surgir, cependant, malgré cette précision de la loi. Si un commerçant possède plusieurs maisons de commerce, situées dans différentes circonscriptions, et que ces maisons dépendent d'une seule et même exploitation, des inscriptions doivent être prises, selon nous, dans chacune d'elles, à moins que la convention ne fasse porter le nantissement que sur

une seule d'entre elles. Si, de ces maisons, l'une était principale et les autres succursales, il nous paraît néanmoins que le nantissement, portant sur une succursale, devrait être inscrit, et au greffe du tribunal de commerce du lieu où elle est située, et à celui de l'endroit où est installée la maison principale : l'intérêt des tiers semble l'exiger (1). S'il s'agit de fonds qui se transportent continuellement, fonds de déballage, de marchands forains, de cirques, de ménageries ou d'autres bateleurs, il y a lieu de croire que le seul endroit, où l'inscription d'un nantissement, qui les grève, puisse être prise, est celui du domicile du propriétaire où le fonds doit être censé attaché (2).

Le greffier du tribunal de commerce fait ces inscriptions sur un registre spécial, à la suite les unes des autres, au fur et à mesure de leurs réceptions ; on conçoit alors qu'il soit nécessaire pour faciliter les recherches d'y joindre un répertoire alphabétique.

Qui doit prendre l'inscription ? Evidemment le créancier nanti ou ses ayants droit, par eux-mêmes ou par mandataires : sur ce point, il n'y a pas de difficultés, et, jusqu'à maintenant, pas de décisions judiciaires.

Remarquons au surplus qu'il s'agit ici d'une inscription seulement et non d'une transcription ; il faudrait, du reste, pour que la transcription fût possible que l'acte écrit fût obligatoire ; en tous cas, le texte porte « inscrit ».

---

(1) Lesur. *Op. cit.*, p. 128.
(2) Ruffelet. *Op. cit.*, p. 96.

Doit-on déposer un bordereau aux mains du greffier ? Il semble assez logique de lui donner par écrit des renseignements sur les indications que doit contenir l'inscription. Mais, la loi n'en parlant pas, les greffiers paraissent tenus d'y procéder sur simple réquisition orale. Pourtant, si le nantissement a été constaté par écrit, rien ne s'oppose à ce qu'on lui donne le droit d'en exiger la production. Pour M. Lesur, le greffier n'aurait ce droit que quand la loi impose aux parties la rédaction d'un écrit (1). En pratique, comme nous le savons déjà, les greffiers réclament toujours la preuve du nantissement par écrit : c'est une excellente précaution. Il serait fort utile, en outre, qu'il pût être conservé trace, au bureau du greffier, des indications qui ont servi à établir l'inscription ; il n'y a, toutefois, aucun motif pour exiger ici le dépôt au greffe de bordereaux analogues à ceux employés en matière hypothécaire immobilière.

Quelles sont les mentions que devra contenir l'inscription ? Il paraît indispensable pour individualiser le nantissement, de mentionner dans l'inscription au moins les nom et domicile du débiteur, sinon du créancier, le montant du capital garanti, la désignation de l'objet donné en garantie ; nous ne parlons pas d'une élection de domicile dont la nécessité ne semble pas justifiée. En cas d'absence ou d'omission de l'une ou de l'autre de ces mentions, il semble bien difficile de prétendre à la nullité de l'inscription : les nullités sont de droit étroit ;

---

(1) Lesur. *Op. cit.*, p. 130.

on ne peut les suppléer. Néanmoins, si les mentions étaient insuffisantes à renseigner les tiers, ne serait-il pas logique de considérer l'inscription comme nulle et non avenue ? Il a été jugé par le tribunal de commerce de Rouen (1) que le défaut d'indication, dans l'inscription, du montant de la créance, n'était pas une cause de nullité de cette inscription (2), « l'indication des noms, prénoms et domicile des parties », de même que la désignation précise du fonds est, en effet, ainsi que cet arrêt le note, « plus importante que l'indication du montant de la créance. » Quoi qu'il en soit, les tiers ont un intérêt de premier ordre à connaître aussi le chiffre de la créance garantie (3) : être mal renseigné équivaut souvent à ne pas l'être du tout. Si l'on admet la nullité de l'inscription pour insuffisance des mentions qui ont pour but d'établir, d'une manière exacte, l'identité du débiteur constituant ou du fonds donné en nantissement, — et il semble difficile de ne pas l'admettre, — il n'y a pas de motif de la rejeter pour défaut d'indication du montant de la créance.

Faut-il insister sur ce que la loi n'a pas fixé de délai spécial pour l'inscription ? La volonté du législateur est sur ce point assez nette : « La célérité des contractants à exécuter les prescriptions de la loi

---

(1) Tribunal de commerce de Rouen, 12 juillet 1900. 1901. 2. 97, 5e espèce. S. 1901. 2. 177, dans Sirey à la date du 13 juillet 1900, note Wahl. — Dans le même sens : Cour de Rennes, 27 juin 1901 précité.

(2) En ce sens : *Instructions du président du tribunal de commerce de la Seine :* Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, parag. 285 *ter*, p. 234.

(3) Rapport Thézard, précité. — Note Wahl. S. 1901. 2. 177.

est, dans un cas comme dans l'autre, garantie par leur intérêt, puisqu'ils se trouveraient dans l'impossibilité d'opposer le contrat de gage aux tiers, qui auraient acquis des droits avant l'accomplissement des formalités légales (1). » La cour de Dijon a donc décidé très justement que les intéressés pouvaient prendre inscription quand bon leur semblait : « Attendu, il est vrai, dit-elle, que la loi précitée n'indique pas le délai dans lequel l'inscription du nantissement doit être prise, mais que ce silence s'explique tout naturellement, si l'on considère que le législateur, en pareil cas, s'est inspiré des principes qui, en droit civil, régissent l'inscription des privilèges et hypothèques, laquelle n'est soumise non plus à aucun délai et peut être utilement requise à toute époque, tant qu'il n'est pas survenu d'événements formant obstacle légal à ce que le droit du créancier privilégié ou hypothécaire puisse être inscrit avec efficacité (2)... » On doit, dès lors, conclure que le créancier a trente ans pour y procéder. Mais son intérêt est de ne pas attendre et de requérir l'inscription au plus tôt; car, l'aliénation du fonds une fois réalisée, le créancier gagiste, qui n'aura pas pris inscription, ne pourra plus le faire. Il aura beau se prévaloir de ce que cette vente ne lui est opposable qu'après publication dans un journal d'annonces judiciaires ; le plus ordinairement, ces publications ne sont pas obligatoires et, dans les régions où elles le sont, elles n'ont d'autres

(1) Rapport Millerand, précité.
(2) Cour de Dijon, 17 mai 1901. D. P. 1901 2. 471.

conséquences que d'exposer l'acquéreur, qui a omis d'y procéder, à payer deux fois son prix, s'il est convaincu d'avoir commis une faute.

En matière d'hypothèques sur des immeubles, il existe d'autres événements que l'aliénation de l'objet hypothéqué, qui arrêtent aussi le cours des inscriptions. On peut donc se demander, s'il n'y a pas lieu d'étendre ici les dispositions de l'article 2146 du Code civil et d'admettre que notamment la faillite ou l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession du débiteur, constituent des événements susceptibles d'arrêter aussi le cours des inscriptions de nantissement.

En ce qui concerne la faillite ou la liquidation judiciaire, les articles 2146 du Code civil, 448 du Code de commerce et les articles 4 et 5, paragraphe 2, de la loi du 4 mars 1889, disposent que les droits d'hypothèque ou de privilèges, valablement acquis, pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite ou de la liquidation judiciaire (article 448, paragraphe 1er, du Code de commerce). Quant aux inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée, le juge est autorisé à les annuler s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif du privilège ou de l'hypothèque et celle de l'inscription (article 448, paragraphe 2, du Code de commerce), outre les délais de distance.

L'inscription du nantissement de fonds de commerce doit-elle subir le même sort? Il est certain que les inscriptions de nantissement ne peuvent être

prises après le jugement déclaratif; pour en décider ainsi, il n'est pas besoin d'appeler à son secours l'article 448, paragraphe 1er, du Code de commerce : il suffit de remarquer que le débiteur est dessaisi, que ses créanciers sont mis en possession de ses biens par ce jugement; l'inscription, prise postérieurement, ne peut donc avoir aucun effet à leur encontre.

Doit-on ajouter que ces inscriptions pourront être annulées dans l'hypothèse analogue à celle prévue par l'article 448, paragraphe 2, pour les hypothèques et privilèges. En édictant cette disposition, le législateur voulait évidemment éviter les ententes frauduleuses entre le débiteur et un créancier, fictif ou non, qui, par calcul et pour tromper les autres créanciers, ne ferait apparaître son privilège qu'à une époque fort rapprochée de la faillite. En cas de nantissement, on trouve des raisons semblables pour se prononcer de même. Mais, il ne faut pas oublier que les nullités sont de droit étroit et qu'en conséquence il est difficile, sinon impossible, de se prévaloir ici de l'article 448, paragraphe 2, du Code de commerce pour une hypothèse qu'il n'a pas visée. On s'y résignerait peut-être encore, si telle avait été la volonté du législateur de 1898 : or, les travaux préparatoires de cette loi ne citent que l'aliénation du fonds parmi les événements arrêtant le cours des inscriptions. N'est-il pas logique cependant d'admettre qu'il n'y a là, de la part du rapporteur de la loi, qu'un exemple de ces événements ? D'ailleurs, étant donnée l'identité de situation et de motifs, il nous semble nécessaire d'admettre l'exten-

sion de l'article 448, paragraphe 2, au cas de nantissement de fonds de commerce (1).

Convient-il également de dire que la mort du débiteur, suivie de l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, arrête également la prise efficace des inscriptions de nantissement ? On a donné comme motif de cette disposition, en matière hypothécaire, que l'acceptation bénéficiaire impliquait l'insolvabilité du défunt et, par conséquent, assimilait l'acceptation sous bénéfice d'inventaire à la déclaration de faillite. Cette explication se conçoit quand l'acceptation bénéficiaire est volontaire ; elle ne se conçoit plus quand elle est forcée. Aussi M. Colmet de Santerre (2) donne-t-il cet autre motif : l'inscription d'hypothèque est une confirmation de l'hypothèque et l'héritier bénéficiaire ne peut faire d'actes de disposition sans perdre sa qualité d'héritier bénéficiaire. Malheureusement, on ne comprend guère l'inscription comme une confirmation de l'hypothèque. N'est-il pas alors injuste de déclarer que les droits des créanciers hypothécaires seront attachés au fait de l'acceptation bénéficiaire ? Aussi, en général, est-on assez disposé à interpréter fort restrictivement l'article 2146, paragraphe 2, et, par contre-coup, à décider qu'il y a lieu d'y soustraire les nantissements de fonds de commerce. Malgré toutes les raisons qu'on peut invoquer en ce sens (3), nous

---

(1) Bellon. *Op. cit.*, p. 152. — En sens contraire : Lesur. *Op. cit.*, p. 143. — Ruffelet. *Op. cit.*, p. 107-108. — Magnin. *Op. cit.*, parag. 16. *Annales de Droit commercial*, 1900, p. 34.

(2) Colmet de Santerre. *Op. cit.*, t. IX, parag. 119 *bis*.

(3) Lesur. *Op. cit.*, p. 144. — Ruffelet. *Op. cit.*, p. 105. — Magnin. *Op.* et *loc. cit.*

croyons que la brièveté même de la loi de 1898 et l'analogie des circonstances imposent l'application intégrale de l'article 2146.

Les tribunaux n'ont pas encore eu à se prononcer sur ces diverses questions. Mais la prudence commande aux créanciers nantis d'inscrire leurs nantissements au plus tôt ; car, « en fait, il est certain que les tribunaux seront peu disposés à admettre des causes de préférence, au profit de créanciers qui auront à se reprocher un retard imputable à leur négligence (1) ».

II. — DURÉE, RADIATION OU RÉDUCTION DE L'INSCRIPTION.

Bien des officiers ministériels, appelés par leurs fonctions à présider à des nantissements de fonds de commerce, se sont demandés quelle serait la durée de l'inscription ou son délai de péremption. En matière immobilière, ce délai est de dix ans. Il y aurait des raisons de décider ici par analogie ; seulement, il paraît arbitraire de fixer, sans texte, un délai de déchéance. Cependant, si ce délai de dix ans peut sembler trop court en matière civile et à l'égard de droits réels immobiliers, nous l'estimons bien assez long en matière commerciale où les opérations se font généralement à brève échéance, et où les prescriptions de cinq ans sont en faveur

(1) Ruffelet. *Op. cit.*, p. 108.

(articles 64 et 189 du Code de commerce et 10 de la loi du 24 juillet 1867) : il serait beaucoup plus naturel de restreindre ce délai également à cinq ans ; mais ce serait encore plus arbitraire. Dans le silence de la loi, tous les intérêts en présence étant plus que satisfaits par cette solution, il vaut mieux, croyons-nous, s'arrêter à la disposition de l'article 2154 du Code civil : sinon, on en arriverait à faire figurer inutilement sur des fonds de commerce, d'ailleurs mal individualisés, des inscriptions nombreuses et souvent sans objet, qui entraveraient la circulation de ces fonds, sans profit pour personne. Du reste, la loi étant récente, il n'existe pas encore de décisions judiciaires sur ce point ; il est d'autant plus probable que les tribunaux admettront, le cas échéant, notre interprétation que la jurisprudence actuelle paraît conclure à l'impossibilité d'opérer la radiation des inscriptions de nantissements.

Au cours de la durée d'une inscription, la nécessité d'une radiation peut, en effet, se faire sentir. Si le débiteur a remboursé, la sûreté est éteinte : l'inscription n'a plus d'objet. Il convient, dans l'intérêt du crédit du commerçant, d'en faire disparaître toutes les traces. Comment alors en opérer la radiation ? La loi est encore et toujours muette. On est donc naturellement entraîné à se reporter aux dispositions relatives aux radiations d'inscriptions hypothécaires immobilières, d'après lesquelles ces radiations résultent d'une mainlevée du débiteur ou d'une décision judiciaire. Toutefois, à ceux qui prétendent les utiliser en matière de nantissement, on objecte immédiatement que la loi de 1898 n'impose pas aux

greffiers l'obligation de procéder aux radiations des inscriptions qui y sont relatives, et que, d'ailleurs, aucun émolument n'est prévu pour eux dans la circonstance. Ces considérations déterminent M. Lesur (1) à n'admettre d'autres modes de mainlevée que celle qui résulterait d'une décision de justice : il est d'accord que ce système est lent et coûteux ; mais il prétend qu'il est le seul.

La Cour de Nancy est allée encore plus loin : pour elle, aucune radiation n'est possible. Voici l'espèce qu'elle a eu à trancher. Un créancier, nanti d'un fonds, ayant donné mainlevée du nantissement, le greffier du tribunal de commerce de Nancy, requis de procéder à la radiation de l'inscription, s'y refusa. Le créancier assigna le greffier devant le tribunal civil de Nancy pour faire ordonner qu'il serait tenu d'inscrire la mention de radiation en marge de l'inscription. Ce tribunal, constatant les lacunes de la loi, déclara « que les greffiers des tribunaux de commerce ne peuvent recevoir que des déclarations ou actes pour lesquels la loi leur a donné compétence... ; que, dans le silence de la loi, les demandeurs ne peuvent soutenir qu'ils sont fondés à invoquer par analogie les règles édictées en matière hypothécaire ; que ces règles, et notamment celles qui concernent les devoirs des conservateurs des hypothèques, sont moins l'application du droit commun que des dispositions exceptionnelles qu'on ne peut étendre par analogie à d'autres matières... Mais attendu qu'aucune considération d'ordre public ne s'oppose à ce

(1) Lesur. *Op. cit.*, p. 249-250.

que l'inscription de cette mention de mainlevée soit ordonnée par le tribunal... ; que ce procédé, évidemment coûteux, plein de lenteurs, et partant peu pratique..... est pourtant préférable à l'impossibilité absolue d'arriver à un résultat utile, et, par suite, désirable pour le crédit du commerçant intéressé (1) ».

Appel fut interjeté devant la Cour de Nancy : « Attendu, dit cette Cour, qu'il est conforme aux principes de décider qu'une obligation, de laquelle pourraient découler certaines responsabilités, ne peut être imposée en dehors de la loi, en l'absence de tout émolument, aux greffiers des tribunaux de commerce, soit par les parties intéressées, soit par les tribunaux eux-mêmes (2)... » En conséquence, l'arrêt rendu décide que les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'obliger les greffiers à faire figurer la mention de la mainlevée en marge de l'inscription du nantissement.

Avec ce système, le fonds donné en nantissement s'en trouve grevé à perpétuité aux yeux des tiers : c'est aussi peu pratique que possible. Le nantissement une fois devenu sans objet, le crédit du commerçant reste atteint : c'est un résultat désastreux que le législateur de 1898 n'a certainement pas voulu.

On prendrait encore cette théorie en considération si sa raison d'être était bien juridique ; mais l'intérêt

---

(1) Tribunal civil de Nancy, 18 mai 1901. *Gazette du Palais*, 1901. 2. 545.

(2) Cour de Nancy, 26 octobre 1901. *Gazette du Palais*, 1901. 2. 544.

particulier des greffiers doit-il prédominer dans ce débat, surtout quand ils sont couverts par l'autorité d'un tribunal ? Le système de M. Lesur est déjà préférable ; nous irons pourtant plus loin : nous dirons, pour des motifs que nous indiquerons en dernière analyse, et qui nous ont déjà guidé jusque là, qu'il faut s'en référer, sur ce point comme sur tous autres analogues, à notre régime hypothécaire, à moins d'une impossibilité pratique.

La question de radiation soulève celle de la réduction ; mais la réduction, en l'état actuel de nos textes, suppose une créance indéterminée (article 2163 du Code civil) ou une hypothèque générale (article 2161). Cette dernière hypothèse ne peut se présenter à propos du fonds de commerce dont le nantissement est spécialisé par la force des choses, et qui, d'autre part, n'est encore susceptible ni d'hypothèque légale, ni d'hypothèque judiciaire. Quant à l'hypothèse de l'article 2163 du Code civil, il faut convenir qu'elle sera bien peu fréquente. Dans les cas où, en pratique, on constitue des nantissements de fonds de commerce, les créances sont toujours déterminées ; d'ailleurs, ne le fussent-elles pas, que la valeur fonds de commerce est sujette à des variations trop considérables, pour que la demande en réduction ait grand chance d'être accordée. Si cette nécessité d'une réduction se présentait, nous déciderions, sans nous exagérer l'atteinte portée par l'article 2163 du Code civil à la toute-puissance de la convention des parties, qu'il faut s'en référer aux règles sur la réduction hypothécaire au Code civil.

III. — PUBLICITÉ RÉSULTANT DE LA LOI DU 1er MARS 1898 ET RESPONSABILITÉ DES GREFFIERS.

L'inscription du nantissement au greffe sur un registre *ad hoc* est destinée à avertir les tiers intéressés de l'existence de ce nantissement. Comment pourront-ils, toutefois, en prendre connaissance ? Le conservateur des hypothèques est tenu, pour ce qui le regarde, de délivrer aux personnes qui les requièrent et moyennant un droit tarifé, des extraits du registre ou des certificats négatifs en cas d'absence d'inscriptions. Le registre, tenu par le greffier, est également public ; mais on en est réduit aux conjectures sur la façon dont les tiers pourront s'y reporter. Il est permis de douter que le public soit admis à compulser directement le registre ; cela n'est pas dans nos habitudes françaises. Le greffier doit donc donner lui-même les renseignements sollicités au requérant, qui n'a, d'ailleurs, pas à justifier de son intérêt. Seulement, le greffier pourra-t-il se contenter de les lui transmettre oralement ou devra-t-il les lui donner par écrit? Le requérant pourra-t-il exiger, à son choix, ou un renseignement oral ou un renseignement écrit ? En pratique, la réquisition est généralement orale; la réponse du greffier l'est fréquemment aussi (1). Si les requérants l'exigeaient, il nous semblerait logique et assez juste de décider que les greffiers devraient leur fournir des

(1) Lesur. *Op. cit.*, p. 132.

extraits ou des certificats négatifs sauf rémunération. Pour M. Lepage (1), si le greffier peut être tenu de délivrer des extraits, il ne peut l'être de délivrer des certificats négatifs. Car cela entraînerait sa responsabilité, et la loi ne le charge d'aucune responsabilité. Il n'y a pas de raison de distinguer ainsi ; à tout prendre, rien ne s'oppose à ce que l'on déclare civilement responsable, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, le greffier dont la faute ou la négligence aurait entraîné, pour un intéressé, un préjudice quelconque.

Sa responsabilité civile doit subsister bien que la loi ne lui ait pas attribué d'émolument : « Peu importe, dit M. Lesur, que la loi n'ait alloué aucune rémunération aux greffiers pour ce surcroît de charges et de responsabilités..., cette dernière circonstance ne pourrait être envisagée par le juge que comme un élément d'atténuation... ne pouvant faire échec au principe de la responsabilité (2). »

Au surplus, la responsabilité des conservateurs n'a pas d'autre fondement, au point de vue civil, que les articles 1382 et 1383 du Code civil. Le texte qui l'édicte (article 2197 du Code civil) peut donc être transporté ici sans inconvénient. Il est vrai que les conservateurs des hypothèques sont astreints à fournir un cautionnement (3), pour la garantie de leur responsabilité éventuelle, et que les greffiers

---

(1) E. Lepage. *Commentaire de la loi du 1er mars 1898 : Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1898, p. 305-316, nos 10057, plus spécialement p. 310.

(2) Lesur. *Op. cit.*, p. 254.

(3) Loi du 21 ventôse an VII.

échappent à semblable obligation, celui qu'ils versent n'intéressant que les faits de charges prévus lors de l'institution : mais ni cette différence, ni celle qui peut résulter de la loi du 21 ventôse an VII, articles 7 et 8, limitant la responsabilité des conservateurs à dix ans après la cessation de leurs fonctions, disposition qu'on ne peut évidemment étendre aux greffiers, n'empêche la responsabilité de ces derniers d'exister au même titre que celle des conservateurs.

Il n'y a pas lieu cependant de rendre les greffiers pénalement responsables du chef des articles 2202 et 2203 du Code civil : tout texte de droit pénal doit être interprété restrictivement, et, pour ce motif, une restriction s'impose ici en leur faveur.

Abstraction faite de ces dernières réserves et de ce qui concerne l'écrit, nous pencherions donc pour l'application au fonctionnement de la publicité des nantissements de fonds de commerce de la réglementation du Code civil en matière d'inscriptions hypothécaires. Le législateur du Code civil ou du Code de commerce n'a évidemment pas visé les inscriptions de nantissements de fonds de commerce, même sous la dénomination de privilèges. Mais les textes, qu'il a promulgués, visent plus l'inscription en elle-même que la chose qui en est l'objet.

Nous ne voulons pas d'ailleurs faire au législateur de 1898 l'injure de penser qu'il a oublié d'envisager toutes ces difficultés de détail, accessoires forcés de toute publicité analogue. Il a dû y réfléchir et consi-

dérer qu'on pourrait se reporter à la publicité hypothécaire du Code civil pour l'organiser.

Quoi qu'il en soit, eût-il réellement péché par oubli, il existe une telle identité de caractères et de condition entre ce nantissement et l'hypothèque qu'il ne nous répugne pas de faire cette extension (1).

On nous dit que les règles édictées par le Code civil, en matière hypothécaire, « sont moins l'application du droit commun que des dispositions exceptionnelles (2) ». Pour nous, ces dispositions sont avant tout les principes du droit commun de notre régime hypothécaire français.

Le régime de publicité hypothécaire du Code civil n'est pas à l'abri de tout reproche ; la loi nouvelle aurait pu le perfectionner à ce point de vue particulier. Elle n'a rien fait : ce que nous avons de semblable vaut encore mieux que le néant.

Le laconisme de la loi jette, en tous cas, dans de grandes perplexités à propos de toutes ces questions : elle y laisse la porte ouverte à trop de discussions et, partant, à trop de conflits pour qu'on ne lui adresse pas le double et grave reproche d'imprévoyance et de légèreté, que nous allons voir se justifier encore dans l'examen de l'objet même du nantissement.

---

(1) Magnin. *Op. cit. : Annales de Droit commercial*, 1900, parag. 16, p. 34.

(2) Tribunal civil de Nancy, du 18 mai 1901. *Gazette du Palais*, 1901. 2. 545.

SECTION II.

OBJET DU NANTISSEMENT.

La détermination de l'objet du nantissement a une importance capitale : le créancier gagiste doit connaître l'étendue de son privilège, surtout quand il y a lieu de l'exercer.

La volonté des parties conserve évidemment ici son rôle tout-puissant : elle reste libre de fixer sur quelles valeurs du fonds le nantissement doit porter, et quelles seront au contraire les valeurs, faisant *ipso facto* partie de ce même fonds, qui n'en seront pas grevées. Néanmoins, elle ne pourrait pas introduire dans ce nantissement, constitué conformément à la loi du 1er mars 1898, des valeurs qui seraient notoirement exclues de la dénomination de fonds de commerce, selon cette loi. La loi ne déroge au droit commun qu'en faveur de ce fonds et il ne faut pas que, sous le couvert de ce mot, on puisse arriver à donner, en nantissement sans déplacement, des choses qui n'ont aucune attache avec lui, ou même ne rentrent pas dans sa composition commune. Si les immeubles où le commerce s'exerce, si les créances commerciales nées à son occasion, doivent en être exclues, il devra en résulter que, malgré la convention des parties, l'accomplissement des formalités de l'article 2075, paragraphe 2, du Code civil ne suffira pas, en ce qui les concerne, à rendre leur mise en gage opposable aux tiers.

Notons que tous les éléments du fonds de commerce sont des objets mobiliers qui s'en séparent facilement, y sont remplacés par d'autres, s'y renouvellent enfin constamment ; au moment de l'exercice du droit, beaucoup des éléments qui composaient primitivement le fonds, droit au bail, brevets d'invention, matériel même, se seront éteints ou auront été aliénés. A la place de ces éléments disparus, d'autres s'y seront substitués. Les valeurs, qui auront disparu, resteront-elles comprises dans le nantissement ? Celles qui, pouvant faire partie d'un fonds, sont venues les remplacer ou simplement s'adjoindre aux éléments survivants, devront-elles aussi être l'objet du droit réel antérieurement consenti ? Il serait désastreux, pour le crédit des commerçants et pour le commerce, en général, que les éléments aliénés restassent grevés du nantissement : il serait illogique aussi d'admettre que les éléments nouveaux y fussent soustraits. La volonté des parties, à défaut de texte précis, doit certainement être interprétée en ce sens que ce seront les éléments des genres prévus, existant dans le fonds lors de l'exercice du droit du créancier nanti, qui seront grevés du nantissement constitué par le débiteur. Ces résultats se justifient très aisément, même pour ceux qui ne voient pas dans le fonds une universalité juridique, ou un tout ayant une existence indépendante de celle de ses parties, par une présomption de volonté. Des clauses particulières, précisant l'intention des intéressés en ce sens, sont donc et, en tous cas, surabondantes. Une objection pourrait être tirée, par ceux qui ne voient dans le fonds qu'une universalité de

fait, de ce que l'article 2129, paragraphe 2, du Code civil prohibe l'hypothèque des choses futures : or, la loi de 1898 y fait certainement échec ; elle a voulu faire du nantissement de fonds de commerce un acte juridique réalisable, une sûreté utile permettant l'exploitation du fonds et aussi stable que possible : elle n'a pu en même temps la rendre illusoire.

Retenons déjà ceci que, même quand les parties ont décrit minutieusement l'objet du nantissement, il importe d'être fixé sur la composition et la nature juridique du fonds de commerce.

Mais bien souvent les parties ne s'expliquent pas ; elles se contentent de convenir qu'un nantissement sera établi sur le fonds de commerce du débiteur sans autre précision, ou bien encore, elles ne font qu'une énumération énonciative des valeurs comprises dans le fonds grevé. Ici de même et *a fortiori* peut-être, il est de toute nécessité de savoir ce qu'il faut entendre par ce terme général de fonds de commerce et quels sont les caractères de l'objet qu'il exprime.

D'après une opinion récemment émise et que nous avons combattue (1), la loi du 1er mars 1898 aurait fait du fonds de commerce une universalité juridique au sens exact du terme, une masse de biens ayant une vie propre et comparable à une hérédité. S'il en était ainsi, l'objet du nantissement sur le fonds d'un commerçant serait l'ensemble des éléments

---

(1) Magnin. *Essai sur le nantissement du fonds de commerce : Annales de Droit commercial*, 1899, nº 9, p. 398-399.

qui contribuent à l'exploitation de son commerce, des créances actives et passives dont elle est l'occasion, de tous les rapports juridiques créés par son exercice entre le propriétaire et des tiers, sauf conventions contraires. Ce serait cet ensemble, et non la somme de ces valeurs, qui constituerait cet objet. Ces valeurs, une fois sorties du fonds, cesseraient d'en faire partie ; les valeurs nouvelles, qui viendraient s'incorporer à l'ensemble, soit en leur lieu et place, soit à côté des anciennes, subiraient, à leur tour, le même sort que celles qui y existaient déjà.

Or, nous savons que, en ce qui concerne tant la composition du fonds que sa nature juridique, la loi nouvelle n'a pas innové : elle s'en est référée à la pratique et à la jurisprudence antérieure et c'est à ces sources qu'il faut actuellement se reporter pour déterminer l'étendue du droit du créancier nanti, en l'absence de clauses spéciales de l'acte de nantissement.

Il faut donc dire que le droit du créancier nanti, d'après la loi récente, porte sur le fonds de commerce en tant qu'entité juridique et non en tant qu'agglomération de valeurs ; il a pour objet le fonds tel qu'il est composé à l'époque de l'exercice de ses droits et non à celle de la constitution de la sûreté.

Il n'y a qu'à consulter la jurisprudence antérieure à la loi pour déterminer alors quels sont, parmi les divers biens d'un commerçant, ceux qui font partie de son fonds : l'étendue du nantissement se trouve déterminée par là.

Ce résultat n'a cependant pas paru satisfaisant, et on a cherché à le contester.

Aucune difficulté ne peut s'élever sur la clientèle, ou l'achalandage, le nom et l'enseigne, le droit au bail, et, en général, pour tous les éléments incorporels susceptibles de faire partie d'un fonds. Si des éléments de ce genre existent dans le fonds grevé, ils sont certainement atteints par le nantissement, s'ils n'ont pas donné lieu à des réserves spéciales : les travaux préparatoires ne permettent d'élever aucun doute à leur sujet.

En ce qui concerne le matériel et les marchandises, la question est plus délicate. Si l'on s'en tenait aux décisions de la jurisprudence antérieure à 1898, qui en faisait une partie intégrante du fonds à titre d'accessoires, on serait amené à conclure, avec elle (1), qu'ils doivent être compris dans le nantissement. La loi de 1898 ne fixant pas la composition du fonds, on pourrait donc, à la rigueur, se croire libre de s'en rapporter à l'idée que l'on en a. Néanmoins, le rapport de M. Thézard, imbu de cette jurisprudence, contient cette phrase caractéristique : « Il est bien évident que les meubles corporels, outillage ou marchandises, ne peuvent être remis matériellement au créancier gagiste ; ce serait incompatible avec l'idée du simple nantissement : la difficulté, quant à ces meubles, se résout principalement par la conception de l'universalité juridique ; les meubles corporels y sont légalement entraînés et absorbés (2). » Ce n'est pas là la loi, mais on est légitimement fondé à y

(1) Cour de Riom, 30 mars 1892. — Cour de Lyon, 23 mars 1893. — Cour de Lyon, 14 mars 1895, précités (V. p. 73). — Cour de Paris, 2 novembre 1898. D. 1899. 2. 196.

(2) Rapport Thézard précité, et notamment dans D. P. 1898. 4. 21.

chercher la pensée du législateur. Sans prendre cette phrase comme décisive, au point de vue de la détermination même du contenu du fonds de commerce, il semble bien pourtant qu'il faille en tenir grand compte sous le rapport de sa mise en gage et en conclure, sauf indications contraires, que le nantissement, constitué conformément à l'article 2075, paragraphe 2, du Code civil sur les valeurs incorporelles faisant partie d'un fonds de commerce, le sera également *ipso facto* sur le matériel et les marchandises qui en dépendent.

Cette solution doit avoir, il est vrai, pour conséquence, de ruiner le crédit commercial : le vendeur de marchandises base généralement le crédit qu'il ouvre au petit commerçant, non seulement sur son honnêteté et son habileté, mais aussi sur la quasi-certitude qu'il a de retrouver, dans son actif, soit les marchandises qu'il a fournies, soit leur contre-valeur. Si ces marchandises risquent d'être grevées d'un nantissement au profit d'un tiers, il n'hésitera pas à rompre toutes relations.

Aussi certains arrêts n'ont-ils pas craint de déclarer, les uns que le matériel et les marchandises, les autres que les marchandises seulement, attachés à un commerce, ne pouvaient pas être incorporés dans le nantissement du fonds.

Des décisions judiciaires se sont notamment appuyées sur ce que le fonds avait désormais une nature incorporelle, suivant une déclaration du même rapporteur M. Thézard, pour en exclure toutes les valeurs corporelles, outillage, marchandises, matériel, attachés à son exploitation.

« Considérant, dit un arrêt de la Cour d'Amiens du 7 juillet 1900 (1), que la loi du 1er mars 1898 a organisé pour les fonds de commerce un mode spécial de constitution du gage ; que le fonds de commerce tel que la loi l'envisage est l'objet d'un droit incorporel comprenant seulement la clientèle, l'achalandage, l'enseigne, la marque spéciale, le droit au bail ; qu'il constitue une universalité de fait indépendante des objets corporels que le fonds peut contenir... »

L'engagement du matériel, toujours attaché à ce fonds et, d'ailleurs, plus facile à individualiser, offre beaucoup moins d'inconvénients. Aussi, il est bien peu d'arrêts qui excluent du nantissement à la fois le matériel et les marchandises. En général, on persiste à penser que, même sous le régime de la loi du 1er mars 1898, le matériel reste partie intégrante, quoique accessoire du fonds de commerce. Ce sont surtout les marchandises qu'on essaie d'en écarter. L'argument, tiré de l'incorporalité de cette valeur, est dès lors négligé : mais on en apporte d'autres.

« Attendu, dit le jugement du tribunal de commerce d'Angers du 7 décembre 1900 (2), que les travaux préparatoires de la loi et le rapport de la commission du Sénat absolument formels, comme

---

(1) Cour d'Amiens, 7 juillet 1900, précité (p. 128 ci-dessus).

(2) Tribunal de commerce d'Angers, 7 décembre 1900. — Dans le même sens : Tribunal de commerce du Havre, 30 mai 1899 ; Tribunal de commerce de Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900, précités (V. p. 111 et 112 ci-dessus), et aussi : Tribunal de commerce de Poitiers, 3 juillet 1901. *Journal des Faillites*, 1901, p. 405.

il a été dit, en ce qui concerne les formalités à remplir pour constituer valablement le nantissement, ne fournissent, au contraire, aucune indication précise sur l'extension à donner au fonds de commerce ; que cette question paraît être restée en dehors des préoccupations du rapporteur aussi bien que du législateur lui-même ; qu'on trouve bien audit rapport une phrase dans laquelle il est dit que l'outillage et les marchandises sont légalement entraînés et absorbés dans l'universalité dont il s'agit ; d'où il semblerait résulter que le rapporteur a eu l'intention de les comprendre dans le fonds de commerce ; mais que, si l'on rapproche cette phrase de la définition du fonds de commerce, citée par le rapporteur et qui la précède presque immédiatement, on s'aperçoit que les termes dont on argue n'ont pas la portée qu'on pourrait leur attribuer ; qu'en effet la définition rapportée ne parle, comme entrant dans le fonds de commerce, que des marchandises neuves ou en cours de fabrication, de telle sorte qu'on doit se demander si le rapporteur, en parlant des marchandises, n'a pas entendu seulement parler de celles qui rentrent dans la définition citée ;

» Attendu que l'universalité juridique, composée d'éléments corporels et incorporels, qui constituent le fonds de commerce, peut aussi bien s'entendre sans les marchandises qu'avec les marchandises, l'achalandage, la clientèle et le droit au bail constituant l'élément incorporel, et le matériel et accessoires l'élément corporel ; attendu qu'en présence de l'incertitude de la doctrine et de la jurisprudence, en ce qui concerne les marchandises, il y a lieu de

rechercher la solution la plus conforme au vœu de la loi et la moins dommageable au crédit public ; attendu que le but poursuivi par le législateur a été de créer de nouvelles ressources pour les commerçants et d'étendre leur crédit ; qu'il est indiscutable que si, en cas de nantissement, les marchandises cessaient d'être le gage de tous les créanciers pour devenir celui d'un seul, il se produirait un résultat contraire à celui qu'on a voulu atteindre et les commcommerçants verraient promptement leur crédit compromis, sinon complètement ruiné ; qu'ainsi la pratique de la loi irait contre son but et les affaires seraient rendues impraticables ; attendu, en ce qui concerne le matériel, qu'il est de jurisprudence constante de comprendre comme accessoires, faisant partie du fonds, les aménagements et le matériel nécessaires à l'exploitation ; que cette jurisprudence est conforme à l'usage ; que, dans le langage actuel, le mot fonds de commerce s'entend d'un ensemble de valeurs qui comprend généralement l'achalandage, la clientèle, le droit au bail et le matériel ; que, presque toujours, dans une cession de fonds de commerce, il est établi un prix à forfait pour ces divers éléments, tandis que, pour les marchandises, le prix est fixé séparément et par expertise ; attendu que, d'après ces considérations, il échet de dire, que le nantissement d'un fonds de commerce doit porter sur l'achalandage, le droit au bail, le matériel et non les marchandises ... »

A ces considérations qui ont leur importance, on a ajouté que la publicité, accomplie en conformité de la loi du 1er mars 1898, n'individualise pas

les marchandises, en sorte que la fraude a toute facilité pour s'exercer. On a dit aussi que, si les marchandises sont grevées du nantissement, il est à craindre que les acheteurs soient exposés à des poursuites de la part du créancier gagiste : l'article 2279 ne peut leur être d'aucune utilité, les acquéreurs étant constitués de mauvaise foi par le fait de la publicité (1).

Ce dernier argument est insuffisant : car le but du nantissement est de laisser au commerçant la libre disposition de son fonds ; de l'acte de nantissement doit donc résulter, au moins, une renonciation tacite du créancier gagiste à exercer son droit aux mains des acquéreurs de marchandises. D'ailleurs, le nantissement porte sur le fonds de commerce et non sur chacun de ses composants individuellement.

D'une façon générale, il faut faire abstraction également des inconvénients résultant de l'incorporation des marchandises dans le fonds de commerce ; ces considérations n'ont pas de portée juridique. Et, malgré toute l'autorité qui s'attache aux usages relatifs aux marchandises dans les cessions de fonds et à la loi du 28 février 1873, il convient de faire très largement état des déclarations de M. Thézard, au Sénat ; elles prouvent que le législateur n'a pas été étranger à la question, qu'il s'en est référé à la jurisprudence antérieure, et l'a, en quelque sorte, tacitement approuvée (2). La solution du tribunal d'Angers serait peut-être pratiquement préférable ;

---

(1) Montier. *Des Nantissements de fonds de commerce*, n° 58. — Ruffelet. *Op. cit.*, p. 122.

(2) Lesur. *Op. cit.*, p. 153. — Ruffelet. *Op. cit.*, p. 126.

mais il est difficile de passer outre aux déclarations de M. Thézard ; arguer même de ce que M. Thézard n'a visé que les marchandises neuves, ce n'est pas en détruire l'effet : n'est-ce pas là la qualité de toutes les marchandises qu'un commerçant possède en magasins ?

Les tribunaux, en général, ont donc cru plus conforme aux vues du législateur de trancher la question par l'incorporation, de plein droit, dans le nantissement de fonds de commerce, des marchandises qui y sont attachées, sauf en cas de clauses contraires et expresses. Un jugement du tribunal civil des Andelys (1) réfute ainsi la théorie adverse : « Attendu que, parmi les différents éléments, qui concourent à la formation du fonds de commerce donné en gage, il importe peu que les uns soient corporels et les autres incorporels, que les marchandises ou le matériel soient, par exemple, d'une valeur supérieure au droit au bail ou à l'achalandage ; que tous ces éléments ont, en effet, perdu leur individualité propre ou séparée pour ne former qu'une seule entité juridique, le fonds de commerce. » La plus grande partie des Cours d'appel se sont prononcées dans ce sens (2) et la doctrine

---

(1) Tribunal civil des Andelys, 6 novembre 1900. D. P. 1901. 2. 97, 8e espèce.

(2) Cour de Grenoble, 14 novembre 1900 ; Cour de Besançon, 20 mars 1901 ; Cour de Dijon, 17 mai 1901 ; Cour de Rouen, 8 mai 1901 ; Cour de Caen, 29 juin 1901 ; Cour de Poitiers, 1er juillet 1901 ; Cour de Rouen, 11 décembre 1901 ; Cour de Paris, 20 janvier 1902 ; Cour de Bordeaux, 24 février 1902 ; Cour de Nancy, 21 mars 1902 ; Cour de Dijon, 27 mars 1902 ; Cour de Rouen, 9 décembre 1902, précités (V. ci-dessus, p. 114 et 115).

paraît se rallier tout entière à cette manière de voir (1).

Cependant, nous devons encore au moins, faire mention d'un système mixte (2) qui, jusqu'à l'heure actuelle, ne paraît pas avoir eu grand succès et qui, pourtant, a été imaginé avec la prétention de remédier aux inconvénients que présentent les deux précédents. — Ce système part de cette donnée qu'à supposer que des marchandises dussent être comprises *ipso facto* dans la valeur fonds de commerce, toutes les marchandises qui sont attachées à un fonds et déposées dans un magasin qu'il occupe ou même dans les succursales de ce magasin, n'y doivent pas être forcément incorporées. Si, dans une fabrique industrielle, par exemple, il y a des raisons de comprendre les marchandises en cours de fabrication parmi les éléments du fonds au même titre que le matériel, il n'est pas très logique d'assigner le même rôle à la matière première et aux marchandises fabriquées. Il est vrai qu'un négociant a toujours besoin d'un certain approvisionnement de matières premières et de marchandises fabriquées d'avance, pour assurer le fonctionnement de son usine et les expéditions pressantes.

Mais il lui suffit d'une quantité déterminée de

---

(1) Thaller. *Traité de Droit commercial*, 2e édition, p. 577, n° 1092. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 3e édition, t. III, parag. 245, p. 180. — Gombeaux. *Op. cit.*, p. 171. — Magnin. *Op. cit. : Annales de Droit commercial*, 1899, p. 476, parag. 13. — Fouilleul. *Op. cit.*, p. 64. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Op. cit.*, t. I, p. 54, parag. 673. — Ruffelet. *Op. cit.*, p. 123 et suiv.

(2) Montier. *Des Nantissements de fonds de commerce*, n° 66.

ces matières premières ou de ces marchandises. Le surplus, s'il existe dans ses magasins, ne fait pas, dès lors, partie de son fonds de commerce.

Malheureusement cette quantité ne peut être établie jusqu'à maintenant que par des moyens arbitraires : c'est ce qui condamne irrémédiablement ce système. Pour y arriver, on s'est bien demandé s'il n'y aurait pas lieu d'incorporer des marchandises au fonds de commerce dans la mesure où elles joueraient, à son égard, le rôle des immeubles par destination vis-à-vis des immeubles par nature ; mais il n'y a aucune assimilation possible entre les objets, placés à demeure sur un bien stable, et ceux qui, y étant attachés à un moment donné, comme les marchandises, ne cessent de se transformer et de se renouveler. D'ailleurs, il importerait que les tiers fussent renseignés exactement sur l'étendue de la masse des marchandises, grevée des nantissements qui les intéressent : or, les circonstances qui permettraient de la fixer, ne peuvent pas être sérieusement prévues lors de la publicité et surtout y trouver leur place.

Aussi, toutes les valeurs et tous les objets qui font partie de plein droit d'un fonds de commerce; suivant la notion commune, sont-ils considérés, en général et d'après la doctrine prédominante dans la jurisprudence, comme frappés du nantissement constitué sur ce fonds selon les formes prescrites par la loi du 1er mars 1898. Il n'y a pas à s'inquiéter si certains de ces objets ou de ces valeurs ne peuvent être constitués en gage, lorsqu'ils sont pris isolément, que suivant des formes déterminées : ainsi, il n'y a pas

lieu de donner la possession des objets matériels incorporés dans le fonds au créancier gagiste : il n'y a pas lieu davantage d'accomplir pour les brevets d'invention, les marques, modèles ou dessins de fabrique, les formalités habituellement exigées pour leur nantissement séparé. Rien n'empêche de donner toutes ces choses en nantissement, suivant les formes qui leur sont propres, même si elles font partie d'un fonds, qui est également constitué en gage au même créancier : mais c'est alors une précaution inutile.

Mais là doit s'arrêter le droit du créancier nanti. Il ne peut porter ni sur les créances actives ou passives, ni sur aucun des rapports juridiques du même genre, nés à l'occasion du commerce. M. Magnin, suivant jusqu'au bout les conséquences de son système, prétend englober ces diverses valeurs dans le nantissement du fonds. Il est inutile de revenir ici sur l'exclusion nécessaire des dettes de la composition de ce fonds : l'idée même de nantissement le veut et l'exige. D'une façon générale, du reste, nous avons déjà montré que, après comme avant la loi du 1er mars 1898, les créances même actives et tous autres rapports juridiques analogues restaient en dehors de la notion de fonds de commerce. En outre, puisque l'on fait tant de cas des travaux préparatoires de cette loi, ce n'est pas un argument de mince valeur que celui tiré de leur silence complet à leur propos.

Que décider, cependant, si les parties ont entendu comprendre, dans le nantissement d'un fonds de

commerce, des créances actives commerciales? Les cessions de fonds de commerce comportent quelquefois des cessions de créances : l'effet voulu par les contractants se trouve alors réalisé par l'acte de vente du fonds, sans l'accomplissement d'aucune des formalités prescrites pour les cessions de créances. Pourra-t-on dire que le nantissement porte sur ces créances par le fait de la volonté des intéressés et de l'inscription de ce nantissement? Ne faudra-t-il pas encore exiger l'accomplissement des prescriptions du Code civil relatives à la mise en gage des créances ?

C'est cette difficulté que soulevait une espèce sur laquelle a eu à statuer le tribunal de commerce de Flers, le 15 mai 1900 (1) : « Attendu que, suivant acte sous signatures privées, le sieur Autran a avancé à la Société anonyme des anciens établissements Duperron une somme de..... ; que, pour assurer le paiement de cette créance, la Société anonyme a, par acte sous signatures privées en date du 26 septembre 1898, donné en nantissement à Autran « le matériel, les marques de » fabrique, le fonds de commerce, les marchandises, » le droit aux baux, en un mot l'actif de la Société » anonyme tant à Flers qu'à Paris... » ; attendu que les créances, dont s'agit, ne pouvaient être comprises dans l'acte de nantissement puisqu'elles n'étaient pas nées, du moins pour la plupart ; que si les parties avaient voulu en prévoir l'existence,

(1) Tribunal de commerce de Flers, 15 mai 1900. D. P. 1901. 2. 97, 3e espèce.

les créances auraient été l'objet d'une mention spéciale, d'autant plus nécessaire que la question de savoir, si elles pouvaient ou non être comprises dans le nantissement, était au moins douteuse... »

Le sort des créances, non nées au moment du contrat, serait facilement réglé avec le secours de la conception du fonds comme entité juridique, si des créances pouvaient normalement faire partie d'un fonds de commerce : quant aux créances déjà existantes, lors du contrat, nous conclurons (1) avec le tribunal de Flers qu'elles ne pouvaient être comprises dans le nantissement sans l'observation des formes de l'article 2075, paragraphe 1er, du Code civil. La solution contraire ne saurait être admise sans un texte précis : elle aboutirait, de plus, à dire qu'aucune signification ne doit être faite aux débiteurs de ces créances et que les intéressés doivent s'en trouver suffisamment avertis par l'inscription au greffe du nantissement du fonds. Or, cette façon de procéder, sans parler des fraudes dont elle peut être l'occasion, est manifestement contraire aux habitudes prises, aux commodités du commerce et surtout à la loi.

On a dit pourtant qu'un portefeuille d'assurances pourrait être donné en nantissement (2) dans la forme de l'article 2075, paragraphe 2, sans qu'il soit besoin de significations aux assurés. C'est là une hypothèse particulière. On se base, pour en décider ainsi, sur ce que les créances provenant des opéra-

---

(1) Catalan. *Op. cit.*, p. 423-424. — Lesur. *Op. cit.*, p. 164.

(2) Rossy. *Des Cessions de portefeuilles et des réassurances générales*, p. 256.

tions d'un agent d'assurances, forment la partie la plus importante de son fonds de commerce et « constituent l'objet direct de l'exploitation (1) ». Il nous paraît que ces créances ne peuvent pas faire partie d'un tel fonds : elles ne sont qu'une manifestation de son exercice, une conséquence des relations nées d'un semblable commerce. D'ailleurs, si on les comprenait dans le fonds, il serait équitable d'y comprendre la contre-partie, les indemnités à payer éventuellement aux assurés : le nantissement serait alors sans grande utilité.

Faut-il comprendre dans l'objet du nantissement un marché à livrer ? Le commerçant n'est propriétaire des marchandises qui en font l'objet qu'à l'expiration du terme : jusque là, il n'est que créancier d'une obligation de faire ; nous les écarterons donc en les assimilant à des créances (3).

C'est un peu pour des raisons analogues qu'il faut exclure du nantissement les loyers d'avance : ces loyers sont, en effet, imputables sur les derniers mois de jouissance : ils sont donc d'ores et déjà acquis au bailleur, qui n'aura jamais à les restituer.

Enfin, le droit du créancier nanti ne porte pas non plus sur les immeubles où s'exerce le commerce. On pourrait soutenir le contraire si le fonds devait être pris comme universalité juridique. Il n'en est rien et, conformément à nos conclusions précédentes, nous les excluons du fonds. Il serait

---

(1) Catalan. *Op. cit.*, p. 423-424.

(2) Cour de Bourges, 29 avril 1901. *Gazette du Palais*, 1901. 1. 710. — Montier. *Des Nantissements de fonds de commerce*, nº 47.

même désastreux, pour le crédit général, qu'ils pussent être compris dans ce nantissement. Ce serait rompre le peu d'unité et d'harmonie qui existe encore dans notre système si imparfait de publicité des droits réels immobiliers ; pourquoi, ainsi que le remarque M. Catalan (1), « le commerçant, l'industriel, qui veut donner en gage son fonds de commerce proprement dit, ses immeubles, son usine et son matériel immobilier, ne suivrait-il pas pour ces objets immobiliers, les règles de l'hypothèque immobilière ? »

Exclure les immeubles du nantissement, ce n'est pas y soustraire les objets qu'une certaine théorie soumet à l'immobilisation par destination commerciale, quand les bâtiments occupés sont spécialement agencés pour l'exercice du commerce. A l'inverse des immeubles par nature, ils doivent être compris dans le nantissement au titre du matériel. Pour les partisans de la théorie de l'immobilisation, ils pourraient donc se trouver grevés à la fois d'une hypothèque immobilière et d'un nantissement : pour nous qui rejetons cette théorie, le conflit ne peut exister.

A tout prendre, il est fort regrettable que la loi de 1898 n'ait pas songé à s'expliquer formellement sur la nature et la composition du fonds. C'est encore là une lacune grave, d'où peuvent naître des difficultés de toutes sortes et des conflits nombreux, ainsi que le témoigne l'abondante jurisprudence que nous avons dû rappeler.

---

(1) Catalan. *Op. cit.*, p. 420.

SECTION III.

EFFETS DU NANTISSEMENT.

La loi du 1er mars 1898 ne facilite pas davantage la détermination des effets du nantissement de fonds de commerce, établi selon ses prescriptions.

Ces effets diffèrent pourtant de ceux de la mise en gage des choses incorporelles, puisque le débiteur reste en possession de la chose engagée. Le gage de droit commun est un contrat, sinon unilatéral (1), au moins synallagmatique imparfait, imposant au créancier gagiste le devoir de conserver la chose et éventuellement au débiteur l'obligation de l'indemniser des dépenses par lui exposées pour la conservation du gage. Ici les rôles sont renversés : le débiteur garde la possession de la chose ; c'est à lui qu'incombe l'obligation de la conserver. Le contrat de nantissement de fonds de commerce engendre donc des droits au profit du créancier bénéficiaire, des obligations à la charge du constituant. Toutefois il y a lieu de tenir compte de ce que le droit du créancier nanti qui, d'ailleurs, ne peut être exercé qu'après l'échéance, doit respecter le droit de propriété du constituant sur son fonds et, par conséquent, sa faculté d'en disposer et de l'exploiter au mieux de ses intérêts. Nous allons donc successivement envisager les effets de ce nantissement du côté du créan-

(1) Guillouard. *Du Nantissement*, nº 21, p. 22.

cier nanti et du côté du débiteur constituant ou du tiers détenteur du fonds grevé, sans perdre de vue que le droit du créancier nanti résulte d'une hypothèque et non d'un gage.

§ I. — *Effets du nantissement du côté du créancier nanti.*

Le gage proprement dit entraîne, au profit du créancier détenteur, un droit de rétention sur la chose qui en est l'objet, et un privilège lui conférant le droit de se faire payer sur le prix. Mais une fois qu'il s'est dessaisi de son gage, le privilège est éteint, à moins que ce gage n'ait été perdu accidentellement, ou ne lui ait été volé, ou même n'ait été par lui confiée à un tiers.

La situation du créancier, nanti du fonds de commerce, est différente : il ne peut avoir de droit de rétention puisque la chose n'est pas entre ses mains ; il jouit seulement d'un droit de préférence. Ce droit n'est plus ni fondé sur sa possession, ni subordonné à cette dernière puisqu'elle n'existe pas à son profit ; il est basé sur une hypothèque.

Ce droit de préférence est d'ailleurs fortifié d'un droit de suite : l'article 2075, paragraphe 2, dans sa généralité, semble impliquer, pour le bénéficiaire du nantissement, la faculté d'exercer son droit à l'égard de tiers quelconques, créanciers chirographaires ou nantis aussi bien que propriétaires postérieurs.

Ni la loi, ni ses travaux préparatoires ne se pro-

noncent formellement sur ce point : aussi n'a-t-on pas manqué de dire que le nantissement de fonds de commerce ne confère pas de droit de suite au créancier qui en bénéficie.

« En admettant, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, que le débiteur puisse aliéner le fonds de commerce, il est impossible de reconnaître au créancier un véritable droit de suite, et la faculté de poursuivre la revendication de son gage entre les mains d'un tiers acquéreur et sur la tête de celui-ci (1). »

« Jamais, ajoute M. Ruffelet (2), on n'a eu l'idée d'accorder au créancier gagiste un droit de suite. Si le créancier gagiste a une action analogue à l'action en revendication, c'est en vertu des règles du droit commun des articles 2279-2280. Si ces articles ne peuvent trouver leur application en notre matière, ce n'est pas une raison pour y suppléer par une innovation qu'aucun texte n'autorise (3)... »

M. Magnin, tout en accordant au créancier nanti le bénéfice d'un droit de suite pour des raisons toutes pratiques, au premier rang desquelles paraît figurer le caractère précaire d'une sûreté réelle sans droit de suite, en trouve la justification difficile au point

---

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Op. cit.*, t. I, p. 72, parag. 81.

(2) Ruffelet. *Op. cit.*, p. 150. — *Cf.* Article anonyme sur la *Pratique notariale : Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1899, n° 10119, p. 558 et suiv.

(3) Un jugement du tribunal civil de la Seine, du 19 décembre 1900, paraît fixer dans le même sens. D. P. 1901. 2. 97, 11e espèce. — V. aussi : Tribunal de commerce de la Seine, 16 avril 1902. D. P. 1902. 2. 239.

de vue juridique. « En vérité, dit-il, il peut paraître singulier d'accorder un droit de suite, c'est-à-dire une action réelle de même nature que la revendication, à un créancier qui n'a jamais eu la possession du fonds donné en gage et qui n'est pas titulaire d'une hypothèque véritable. Pour avoir le droit d'intenter une action de ce genre, si l'on n'est pas créancier hypothécaire, il faut avoir été propriétaire ou possesseur (1). »

A la vérité, le créancier gagiste jouit d'un droit réel sur le fonds engagé. Le droit de suite est un attribut du droit réel ; s'il n'existe pas au profit des titulaires de ces droits sur des meubles corporels, c'est en vertu d'une disposition formelle de la loi. Dès que cesse l'application des articles 2279 et 2280 du Code civil, le droit commun reprend tout son empire. Or, il résulte d'une doctrine bien établie et d'une jurisprudence constante (2) que la règle : « En fait de meubles, la possession vaut titre », ne s'applique pas aux meubles incorporels. Elle ne s'applique donc pas au fonds de commerce, la loi nouvelle l'ayant classé parmi les meubles incorporels. D'ailleurs, l'article 2279 ne profite qu'au possesseur de bonne foi. L'acquéreur d'un fonds donné en nantissement ne peut pas, nous semble-t-il, prétendre, de bonne foi, ignorer cette circonstance, depuis la loi du 1er mars 1898.

---

(1) Magnin. *Op. cit. : Annales de Droit commercial*, 1900, p. 30, parag. 14.

(2) Aubry et Rau. *Op. cit.*, 5e édition, t. II, parag. 183, p. 152. — Demolombe. *Des Contrats*, t. I, n° 486.— Baudry-Lacantinerie et Tissier. *De la Prescription*, n° 840. — Laurent. *Op. cit.*, t. XXXII, n° 562, 566 et suiv. — Douai, 2 janvier 1873. Sous Cassation, 13 décembre 1873. S. 1874. 1. 409.

Du reste, toute discussion paraît superflue. Si le droit du créancier nanti était un droit d'hypothèque, on ne lui refuserait pas l'action en revendication, ou plutôt l'action hypothécaire qui est du même genre : or, nous savons que le nantissement de fonds de commerce est en réalité une hypothèque de ces fonds.

Ainsi est résolue la question de savoir si le fonds, grevé de nantissement, doit être ou non indisponible aux mains du propriétaire. Les auteurs qui refusent au créancier nanti le droit de suite, penchent, en effet, à décider que le propriétaire conserve le droit d'exploiter le fonds, mais qu'il ne peut l'aliéner (1) : au demeurant, c'est une façon détournée et compliquée de droit de suite.

Le constituant, au contraire, reste libre d'aliéner son fonds ; il n'y a aucun motif de lui refuser ce droit : il est propriétaire et possesseur. Mais « une fois le gage régulièrement constitué et conservé par la publicité prescrite, l'inscription au greffe du tribunal de commerce », il ne le possède plus « que sous la réserve des droits du gagiste (2) ». Il ne transmet donc que ce qu'il a : le fonds reste grevé du nantissement aux mains du tiers acquéreur (3).

A ces deux droits de préférence et de suite, qui compètent ainsi au créancier nanti, s'ajoute naturellement le droit de faire vendre le fonds engagé pour

---

(1) Ruffelet. *Op. cit.*, p. 152. — Montier. *Op. cit* , n° 87.

(2) Catalan. *Op. cit.*, p. 436.

(3) Tribunal de commerce de Rouen, 12 juillet 1900. D. P. 1901. 2. 97, 5e espèce. — Magnin. *Op. cit. : Annales de Droit commercial*, 1900, parag. 14, p. 31.

obtenir paiement sur le prix jusqu'à concurrence de la créance que la sûreté, dont il était l'objet, avait pour but de garantir.

I. — DROIT DE PRÉFÉRENCE.

Le droit de préférence s'exerce à la distribution des deniers, provenant du prix de la vente du fonds grevé, de telle sorte qu'un créancier nanti donné est payé, sur ce prix, avant tout créancier chirographaire ou tout créancier nanti postérieur, mais après les créanciers nantis antérieurs ou privilégiés préférables. Il s'exerce, non seulement quand le fonds est vendu à l'amiable ou par expropriation sur le débiteur, mais encore, puisque tout créancier nanti jouit d'un droit de suite, quand il est vendu entre les mains d'un tiers détenteur.

Entre créanciers nantis du même fonds ou de partie du même fonds, il est évident que la préférence doit se régler par la date de la publicité : *Prior tempore, potior jure.* C'est encore l'application du vieux principe hypothécaire.

On s'est demandé comment il convenait de régler le concours de deux créanciers nantis ayant pris inscription le même jour. L'article 2147 règle le concours de deux créanciers hypothécaires, dans la même situation, en décidant qu'ils viendront en concurrence. C'est une dérogation à la règle : *Prior tempore, potior jure.* Aussi, a-t-on pensé (1), qu'il

(1) Lesur. *Op. cit.*, p. 222.

fallait ici conserver à cette règle toute son autorité, en donnant la priorité au premier inscrit sur le registre du greffier. Bien que toute dérogation à un principe général doive s'interpréter restrictivement, nous déciderons, en nous inspirant des motifs qui nous ont fait étendre, en général, les règles des inscriptions hypothécaires aux inscriptions de nantissement, et pour éviter toute collusion ou même tout soupçon de collusion entre le greffier et un créancier nanti, qu'il y a lieu d'étendre à notre hypothèse la disposition de l'article 2147 du Code civil.

Le plus souvent, le droit du créancier nanti d'un fonds se heurtera aux droits d'autres créanciers privilégiés sur ce même fonds pour un autre motif. Parmi ces créanciers privilégiés, il faut ranger d'abord et presque toujours le bailleur, souvent, sauf en cas de faillite (article 550, paragraphe 6, du Code de commerce) (1), le vendeur du fonds de commerce, le vendeur de marchandises ou de tout autre objet mobilier incorporé dans le fonds, puis, quelquefois aussi, le créancier à raison de frais faits pour la conservation de la chose, le créancier pour frais de justice ou frais exposés dans l'intérêt commun, les gens de service, ouvriers et commis attachés à l'exploitation, le trésor même.

---

(1) Depuis la loi du 1er mars 1898, le vendeur du fonds de commerce et les vendeurs de matériel et de marchandises ont la ressource de se faire consentir un nantissement. En pratique, la plupart des bénéficiaires de ces nantissements sont des vendeurs de fonds. (Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Op. cit.*, t. I, parag. 67, t. IV, p. 56. — Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, parag. 245, p. 180). — Nombre d'arrêts de jurisprudence démontrent, d'ailleurs, la justesse de cette assertion.

Quel rang de préférence fixer aux créanciers nantis, quand il y a lieu de tenir compte, dans la répartition du prix, d'un ou de plusieurs de ces privilèges mobiliers ?

Parmi ces privilèges, les uns sont généraux, les autres spéciaux. La question de savoir comment doit se régler le conflit entre créanciers ayant un privilège général et créanciers jouissant d'un privilège spécial est des plus discutées. La solution, qui semble la plus communément admise, consiste à n'accorder la préférence ni aux premiers sur les seconds, ni aux seconds sur les premiers, mais à les classer entre eux sans distinction de catégorie, d'après leurs qualités (1).

Ce point de départ admis, on fixe le plus ordinairement leur rang de préférence, en s'inspirant, d'une part, de ce que la priorité doit rationnellement appartenir à celui qui a fait des frais pour la réalisation de la masse commune et la distribution du prix en provenant, ou même encore pour la conservation de cette même masse, et en tenant compte, d'autre part, des dispositions de l'article 2102-4°, alinéa 3, qui fait passer le locateur avant le vendeur, à moins qu'il n'ait connu l'existence du privilège de ce dernier, et par analogie de l'article 2105 qui fait venir le privilège du vendeur d'un immeuble avant tous les autres privilèges de l'article 2101. On arrive ainsi à

(1) Aubry et Rau. *Op. cit.*, 5e édition, t. III, parag. 289, p. 804. — Thézard. *Privilèges et hypothèques*, n° 380. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Nantissement, privilèges et hypothèques*, t. I, n° 773, p. 666. — Cour de Douai, 21 janvier 1865. S. 1865. 2. 237. — Cour de Paris, 5 mars 1872. S. 1873. 2. 13. D. P. 1873. 2. 182.

décider que les bénéficiaires de ces divers privilèges, lorsqu'ils sont en concours, doivent être payés dans l'ordre suivant :

1° Le créancier privilégié pour frais de justice ; 2° les créanciers dont le privilège est basé sur une idée de gage, tels qu'un bailleur ou un créancier gagiste ; 3° les créanciers à privilèges généraux, autres que ceux pour frais de justice ; 4° le conservateur d'une chose particulière ; 5° le vendeur d'objets mobiliers. Il est à noter toutefois que le conservateur et le vendeur primeraient le créancier gagiste, si ce dernier avait eu connaissance de leurs droits de préférence, lors de la constitution du gage. Le conservateur passerait aussi avant le créancier gagiste, pour les frais faits par lui postérieurement à l'établissement du nantissement.

On voit immédiatement quel rang assigner au créancier nanti d'un fonds, qui se trouve en concours avec d'autres créanciers privilégiés sur tout ou partie de ce fonds, si on l'assimile à un créancier gagiste ordinaire.

Dans cette opinion, cependant, il importe de signaler certaines particularités relatives aux conflits qui peuvent s'élever, entre le vendeur de marchandises et le créancier nanti d'un fonds d'une part, entre ce dernier et le bailleur de l'immeuble d'autre part.

Tout d'abord, l'existence du premier paraît au moins discutable. Le droit du créancier nanti porte, en effet, sur le fonds, non sur chacun des éléments qui le forment ou s'y incorporent. Au contraire, le droit du vendeur affecte uniquement les choses par

lui livrées et qui viennent s'y adjoindre de son chef.

L'objet des droits de chacun d'eux n'est pas le même : il n'y a donc pas de concours possible entre eux. On serait ainsi conduit à conclure que, en cas de distribution du prix du fonds, le vendeur d'objets corporels, qui aurait conservé son privilège, devrait être payé, en premier lieu, sur le prix par eux fourni, le créancier nanti étant ensuite désintéressé sur le prix global.

Il est vrai que le vendeur d'objets mobiliers, incorporés par un acheteur à un immeuble hypothéqué, ne peut pas exercer son privilège au préjudice du créancier hypothécaire, et qu'il serait assez logique de décider par analogie (1) en cas de nantissement. Mais la situation n'est pas semblable : les immeubles par destination ne viennent pas en quelque sorte se fondre avec l'immeuble, auquel ils sont attachés, de la même façon que les marchandises ou le matériel dans le fonds correspondant, ainsi que le veut la loi du 1er mars 1898 sous le rapport du nantissement. Il y a donc là un concours effectif entre le créancier hypothécaire et le vendeur, concours que l'article 2133 du Code civil permet de régler en faveur du premier.

En général, cependant, la doctrine ne s'arrête pas à ces considérations : elle tient le créancier nanti d'un fonds pour un gagiste ordinaire ; elle admet son concours avec le vendeur d'objets mobiliers, et détermine leur situation respective suivant les prin-

(1) Aubry et Rau. *Op. cit.*, 5e édition, t. III, parag. 284, p. 670.

cipes généraux. En fait, d'ailleurs, elle doit aboutir ainsi, le plus souvent, à concéder également la priorité au vendeur, surtout si c'est un vendeur de marchandises.

Arrivons au conflit qui peut naître entre le créancier nanti d'un fonds et le bailleur de l'immeuble occupé par lui. En considérant que les droits de ces deux créanciers sont fondés sur une idée de nantissement, on devra dire que celui, dont le droit est le plus ancien, primera l'autre. Généralement, le bail est antérieur au nantissement : c'est donc le bailleur qui, en principe, aura l'avantage et absorbera fréquemment le plus clair du prix du fonds ; la plupart des clôtures de faillites, pour insuffisance d'actif, n'ont souvent, en effet, pas d'autre cause que l'exercice du droit du bailleur (1).

Mais si, au cours du nantissement, le commerçant changeait de local, le bailleur nouveau passerait au second rang. Pour empêcher cette éviction, le bailleur futur d'un commerçant quelconque fera bien de s'assurer, au préalable, que le fonds de ce dernier n'est pas l'objet d'une inscription de nantissement, et, en cas d'affirmative, de refuser de lui consentir un bail. Le nantissement aurait ainsi pour

(1) Thaller. *Traité de Droit commercial*, p. 1042 et note 1, et *Annales de Droit commercial*, 1896, p. 289-301. — Pignolet. *De la Dation en nantissement des fonds de commerce : Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1896, n° 9584, p. 398-410, plus spécialement p. 399. — Tribunal de commerce de la Seine, 13 décembre 1894. *Journal des tribunaux de commerce*, 1896, n° 13342, p. 84. — Tribunal de commerce de la Seine, 16 août 1895. *Journal des tribunaux de commerce*, 1896, n° 13396, p. 254. — Tribunal de commerce de la Seine, 21 novembre 1895. *Journal des tribunaux de commerce*, 1897, n° 13663, p. 88.

le commerçant constituant cet effet désastreux, le bail des lieux qu'il occupe une fois expiré, de décider les propriétaires à ne pas lui consentir de location dans leurs immeubles, ou tout au moins à n'en accepter qu'à des conditions très onéreuses pour lui.

Il est vrai que le propriétaire nouveau aurait la ressource d'exiger l'intervention du créancier gagiste, ou sa renonciation à se prévaloir de son privilège. Encore faudrait-il le consentement de ce dernier créancier ! A défaut de ce premier moyen, il lui serait peut-être possible de se prévaloir du privilège de ceux qui ont fait des frais pour la conservation de la chose, en s'appuyant sur ces paroles de M. Thézard : « Notifier le nantissement au propriétaire, c'est avertir une personne qui n'a nul intérêt à l'affaire, ses droits étant toujours sauvegardés. » Or, est-ce bien du propriétaire nouveau que voulait parler M. Thézard ? Il serait bien difficile de l'affirmer. D'autre part, serait-il même juste de dire que ce propriétaire a fait des frais pour la conservation de la chose ? Ce serait un point contestable.

Nous ne nous sommes attardés à toutes ces questions de classement et de règlement de conflits de privilèges, que parce que tous les auteurs (1) les soulèvent, à propos du nantissement de fonds de commerce ; mais il nous semble qu'elles n'ont pas leur

---

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Op. cit.*, n° 81 I, p. 71. — Fouilleul. *De la Constitution en gage des fonds de commerce*, thèse de Paris, p. 73-74. — Catalan. *Op. cit.*, p. 49. — Lesur. *Op. cit.*, p. 214. — Ruffelet. *Op. cit.*, p. 144. — Gallard. *L'Hypothèque mobilière sur les fonds de commerce*, thèse de Paris, 1902, p. 159.

place ici et que la détermination du rang de préférence du créancier nanti d'un fonds, parmi tous les privilégiés ou les bénéficiaires d'une sûreté quelconque sur ce fonds, est beaucoup plus simple.

En réalité, le créancier nanti n'est qu'un créancier hypothécaire, jouissant, pour cette raison, d'un droit de préférence d'ordre inférieur. En effet, la loi du 1er mars 1898, tout en se référant, en principe, aux règles du gage en ce qui concerne notre matière, n'a pas seulement voulu déroger aux articles 2075 et 2076 du Code civil, elle a encore entendu rendre sans objet toutes les dispositions relatives au gage ordinaire, et qui ne se comprennent pas sans la dépossession du débiteur constituant. Or, en supprimant la mise en possession du créancier pour la validité du nantissement de fonds de commerce, elle a fait disparaître le motif même pour lequel un privilège et un droit de préférence de tout premier ordre se trouvent concédés au créancier gagiste. Il est vrai que, sans cesser d'être une hypothèque, le nantissement de fonds de commerce pourrait donner naissance à un droit de préférence du même genre ; mais il faudrait une disposition formelle de la loi pour consacrer ce résultat, qui en ferait alors une hypothèque privilégiée. Cette disposition n'existe pas dans le texte de la loi nouvelle et on ne peut pas admettre qu'elle y soit implicitement contenue : les travaux préparatoires, envisagés dès l'instant où s'est dessinée l'intention du législateur de faire échec aux articles 2075 et 2076 du Code civil, ne prononcent pas une fois le mot de privilège pour désigner le droit résultant d'un pareil nantissement. D'ailleurs,

il n'est pas possible de conclure ici par analogie à un privilège semblable à celui du gagiste ordinaire, les privilèges étant de droit étroit. Il nous paraît donc logique de dire, que le droit de préférence, conféré par ce nantissement, est de même essence que celui qui résulte d'une hypothèque conventionnelle sur un immeuble.

Dans ces conditions, nous pensons que le créancier nanti ne peut être appelé à la répartition du prix du fonds qu'après tous les créanciers privilégiés, quels qu'ils soient.

Pour les auteurs, qui admettent la théorie de l'immobilisation par destination commerciale et qui, néanmoins, penchent à incorporer les meubles ainsi immobilisés dans le fonds de commerce, un autre conflit pourrait se produire entre le bénéficiaire d'une hypothèque sur l'immeuble où le commerce est exploité et les créanciers nantis du fonds, à propos de la répartition du prix de ces éléments : s'il n'y a pas de privilège au profit de ces derniers, le conflit devra se régler comme en matière hypothécaire. Pour nous qui rejetons la théorie de l'immobilisation par destination commerciale, ce conflit ne peut se produire.

II. — DROIT DE SUITE.

Malgré l'aliénation du fonds par le débiteur, le créancier nanti ne perd pas son droit : il peut suivre son gage et le réaliser entre les mains de l'acquéreur, pourvu que l'inscription prescrite ait été prise assez

tôt. Si l'inscription suffit pour l'exercice du droit de suite, c'est surtout ici parce que l'on considère les tiers comme suffisamment avertis de l'existence des droits qui pèsent sur le fonds. Or, le défaut de transcription ou d'inscription des mutations de propriété des fonds de commerce a pour conséquence de rendre, dans bien des cas, cette publicité illusoire. En effet, l'organisation même du registre de nantissements, où le fonds de commerce n'est individualisé que sous le nom de son propriétaire actuel, ne permettra pas toujours à un sous-acquéreur de connaître les inscriptions, qui pourraient exister du chef d'autres titulaires du fonds que son vendeur immédiat.

Il n'en serait pas de même, s'il pouvait, à l'aide de la publicité des cessions, suivre la vie juridique du fonds de commerce entre les mains de tous ses propriétaires successifs. L'indication de l'origine de propriété dans les actes de nantissement rendrait aussi de grands services: mais elle n'est pas non plus obligatoire, et on a d'autant moins de chance d'arriver à l'y faire habituellement mentionner qu'un écrit sous seing privé n'est même pas nécessaire à la validité de l'acte de nantissement de fonds de commerce.

Malgré tout, ce droit de suite existe et son exercice tend directement à l'expropriation du fonds entre les mains du détenteur. Ce tiers, ainsi menacé dans sa propriété, a évidemment, comme en matière hypothécaire, à choisir entre plusieurs partis. Il peut écarter la poursuite par une exception : exception de garantie ou exception de discussion. Pourtant, on

a dénié au tiers détenteur le droit d'opposer l'exception de discussion, en s'appuyant sur ce que les textes du Code civil ne doivent pas être étendus en ce qu'ils ont d'exceptionnel (1). En fait, il faut convenir que les hypothèses où il y aura lieu, pour le tiers détenteur, d'opposer cette exception, seront bien rares ; toutefois, nous ne voyons pas pourquoi il ne serait pas autorisé, le cas échéant, à émettre une semblable prétention, basée tout entière sur une idée d'équité.

Le tiers détenteur est libre aussi de payer les créanciers nantis, si, d'après les circonstances, ce parti lui semble avantageux. Il a évidemment la faculté de délaisser le fonds. S'il le préfère, il subira l'expropriation. Mais pourra-t-il purger, c'est-à-dire arrêter la poursuite en offrant à ces créanciers la valeur du fonds acquis? Les articles 2181 et suivants du Code civil permettent la purge des hypothèques sur les biens immobiliers ; la loi du 10 juillet 1885 a établi aussi une procédure analogue en ce qui concerne les hypothèques maritimes. La loi du 1er mars 1898 n'en a naturellement pas institué en faveur des tiers détenteurs de fonds donnés en nantissement. On ne peut pas penser à leur étendre les dispositions protectrices du Code civil sur la purge des hypothèques : elles édictent une procédure spéciale qui ne peut pas être transportée ici. Dès lors, si le tiers détenteur ne délaisse pas, il va se trouver tenu de désintéresser intégralement les créanciers nantis.

On a proposé, pour parer à cet inconvénient, de

(1) Lesur. *Op. cit.*, p. 231.

réserver à l'acquéreur futur, dans le contrat de nantissement du fonds, la faculté de purger en distribuant le prix aux créanciers nantis (1). Il serait à souhaiter, si une loi n'intervient pas à bref délai, que cette purge conventionnelle devienne d'un emploi fréquent. Le défaut de purge, joint aux lacunes de la publicité des droits réels sur les fonds de commerce, est, en effet, de nature à gêner beaucoup les cessions auxquelles ces fonds peuvent donner lieu.

Il ne faut pas perdre de vue que ce droit de suite ne peut s'exercer qu'à l'égard du fonds de commerce et non à l'égard des éléments de ce fonds qui, au cours du nantissement, auraient été aliénés isolément. Le commerçant pourra vendre ses marchandises, ses clients ne souffriront pas du droit de suite ; il pourra aliéner un brevet d'invention qu'il possède, son outillage, son matériel, sans que, pour autant, les acquéreurs aient à craindre les réclamations du créancier nanti. Mais il ne pourra céder sa clientèle, son achalandage, sans exposer son acheteur à des poursuites : dans ce cas-là, il disposerait incontestablement de son fonds. C'est le fonds *in globo* qui, seul, fait l'objet du nantissement, ce ne sont pas chacune de ses parties.

Les aliénations, ou les constitutions en gage de certains éléments du fonds, peuvent diminuer considérablement la valeur du gage : c'est évidemment l'un des points faibles du nantissement de fonds de

---

(1) Article anonyme sur la *Pratique notariale : Revue du notariat et de l'enregistrement,* 1898, n° 10119, p. 554-574, plus spécialement p. 558.

commerce. Toutefois, cet inconvénient se trouve, en partie, compensé par la possibilité, pour le créancier nanti, de faire décheoir son débiteur du bénéfice du terme et de faire résoudre ces aliénations ou ces constitutions de gage, consenties en fraude de ses droits. L'action paulienne, cependant, ne pourrait viser les acheteurs de marchandises, le créancier gagiste sachant parfaitement, lors du nantissement, que ces objets sont destinés à la vente.

En somme, le droit de suite ne peut s'exercer que s'il y a aliénation directe ou indirecte, mais complète du fonds ; il ne peut porter que sur l'objet même du nantissement ; l'étendue du droit de suite est précisément subordonnée à l'étendue de cet objet.

III. — RÉALISATION DU FONDS DE COMMERCE DONNÉ EN NANTISSEMENT.

La question de la réalisation du fonds de commerce, donné en nantissement, est fort délicate, et les difficultés, qu'elle fait naître, tiennent essentiellement à ce que le créancier nanti n'a pas la possession de son gage.

Si la dette n'est pas payée à l'échéance, et si, malgré l'arrivée du terme, le débiteur refuse de s'en acquitter, ou même de se prêter à la vente amiable de son fonds pour faciliter sa libération, le créancier nanti se voit obligé de procéder à la vente forcée de son gage. Il peut en être réduit à cette nécessité, soit en dehors de toute faillite, soit encore et surtout, au cas de faillite de son débiteur.

Plaçons-nous dans la première hypothèse. Comment va-t-il procéder ? Il ne peut recourir aux voies d'exécution de droit commun en matière hypothécaire immobilière : il s'agit ici d'un meuble. Il pourrait songer à saisir le fonds de commerce, puisque la chose, objet de la poursuite, est entre les mains d'une autre personne que le créancier. Mais notre Code de procédure civile n'a prévu aucune forme de saisie applicable aux meubles incorporels autres que des créances : il donne bien le moyen de saisir, par la voie de la saisie mobilière, les marchandises et le matériel attachés au fonds ; toutefois, ce n'est là qu'une minime partie du fonds, dont la vente séparée nuirait, du reste, sérieusement à celle de l'ensemble des autres éléments qui contribuent à le former. Au surplus, c'est le fonds lui-même *in globo* qui est grevé du nantissement.

Le créancier nanti d'un fonds de commerce paraît donc n'avoir d'autre ressource que de faire appel aux dispositions des articles 2078 du Code civil, concernant la réalisation du gage civil, et 93 du Code de commerce, visant celle du gage commercial. Si le nantissement est civil, il y a lieu, en conséquence, de lui donner le droit, comme l'article 2078 le consacre, au profit du créancier gagiste ordinaire, ou de se faire attribuer le fonds par le tribunal à dire d'experts, ou surtout, de solliciter de lui l'autorisation de le vendre aux enchères. Si le nantissement de fonds de commerce est commercial, comme ce sera l'hypothèse la plus fréquente, l'article 93 du Code de commerce semble devoir être appliqué : le fonds pourra donc être vendu aux enchères huit jours

après une signification en ce sens faite au détenteur, sans autorisation de justice. La procédure paraît alors un peu expéditive pour un bien de l'importance du fonds de commerce : il faut avouer pourtant que, dans cette hypothèse, il n'y en a théoriquement pas d'autre à employer, sous l'empire des textes qui, actuellement, nous régissent.

Ces divers moyens de réalisation sont-il pratiques en matière de nantissement de fonds de commerce sans déplacement ? Il est à craindre tout d'abord que, sur la mise en marche de la procédure de vente, le débiteur ne se hâte de liquider ses marchandises ou de fermer boutique pour déprécier le fonds. Le créancier pourrait penser à demander l'envoi en possession provisoire, en vertu d'une ordonnance de référé ; mais le référé n'est pas possible, chez nous, en matière commerciale. Admettons que ce premier obstacle ne se présente pas, il va en surgir un autre. Vu l'importance du fonds de commerce, la diversité des éléments qu'il comprend, les droits dont il peut être grevé, il paraît nécessaire de dresser un cahier des charges, préalablement à la vente. Il convient, en effet, que les amateurs soient bien informés de ce qui intéresse le fonds, pour pouvoir porter des enchères. Or, le débiteur, le détenteur, possède le bail, dispose du matériel et des marchandises, connaît seul la véritable valeur des éléments du fonds : il est donc libre d'empêcher la confection de ce cahier de charges. On pourrait l'assigner, il est vrai, pour qu'il se voie condamner à fournir tous les renseignements utiles, sous peine d'astreintes ; qui ne devine pourtant que cette procé-

dure nouvelle ne produira aucun effet contre un débiteur insolvable et n'aura d'autre résultat que de diminuer encore la valeur du fonds ?

Quelquefois, le débiteur se prêtera, de bonne grâce, à fournir les renseignements utiles à la confection du cahier des charges ; plus souvent, il ne sera possible de le dresser que grâce à ce que l'acte de nantissement aura intelligemment prévu cette éventualité et contiendra les données nécessaires.

En ce qui concerne la vente publique en elle-même, aucune difficulté particulière ne paraît devoir s'élever : aujourd'hui, les notaires sont seuls compétents pour la vente du fonds de commerce, qui est désormais un meuble incorporel (1).

Le fonds une fois vendu, il faut que le débiteur ou le détenteur du fonds vide les lieux. Ici encore, comme tout à l'heure déjà, la procédure du référé est fermée au créancier gagiste, pour obtenir ce résultat, si le gage est commercial ; en ce cas, il s'exposerait à une incompétence, même en s'adressant au président du tribunal civil. Au reste, le tribunal de commerce lui-même ne peut connaître des mesures d'exécution concernant ses jugements (article 442 du Code de procédure civile).

La rédaction d'un acte authentique de constitution de nantissement, prévoyant ces divers écueils et y

---

(1) Besançon, 20 mars 1901. *Revue du notariat et de l'enregistrement,* 1902, n° 10745. — Caen, 29 juin 1901. Même revue, 1902, n° 10796. — Poitiers, 1er juillet 1901. Même revue, 1902, n° 10796. — Tribunal de Rochefort-sur-Mer, 3 juillet 1902. Même revue, 1903, n° 11171. — Tribunal civil de la Seine, 16 avril 1902. Même revue, 1903, n° 11197. — Paris, 29 mai 1902. Même revue, 1903, n° 11196. — D'Epinay. Même revue, 1903, n° 11170.

pourvoyant par des conventions spéciales, exécutoires de plein droit, pourrait peut-être diminuer, sinon supprimer, une bonne partie de ces inconvénients. Cependant, en admettant que l'on n'ait pas à se préoccuper de pareilles entraves, il resterait encore que la vente forcée d'un fonds de commerce se réalise toujours dans des conditions déplorables; elle est le signal habituel de sa déchéance, momentanée peut-être, mais provisoirement suffisante pour réduire considérablement sa valeur antérieure.

La prudence commande donc au créancier nanti d'attendre la vente amiable du fonds, et de saisir le prix de vente aux mains de l'acquéreur; en pratique, c'est ce qui se fait le plus souvent. C'est assez dire que la déchéance du terme ou l'action paulienne ne sont elles-mêmes, aux mains du créancier nanti, que des armes à deux tranchants, plus dangereuses qu'utiles (1).

S'il existait plusieurs créanciers nantis, on pourrait envisager la possibilité d'une surenchère. Mais, en l'absence de toutes dispositions législatives sur ce point, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de s'arrêter à cette éventualité. L'adjudication faite doit être définitive, la loi n'en décidant pas autrement. Si, cependant, le cahier des charges réservait cette faculté aux intéressés, créanciers nantis, en en fixant le taux par analogie avec l'article 2185 du Code civil, il devrait, il nous semble, être régulièrement pro-

---

(1) Montier. *Op. cit.*, n° 109 *in fine.*

cédé à une nouvelle adjudication au cas où il se produirait une surenchère.

Le prix payé doit être ensuite distribué entre les créanciers privilégiés, nantis ou chirographaires, poursuivants ou opposants, dans l'ordre que nous avons indiqué. La seule procédure qui permette d'y parvenir, si ces créanciers n'arrivaient pas à s'entendre à l'amiable, paraît bien être la distribution par contribution, malgré les complications qu'elle entraîne et les frais qu'elle occasionne.

Ces diverses observations, relatives à la réalisation du gage, en dehors de toute faillite, disent assez combien est peu pratique le nantissement de fonds de commerce.

Or, c'est le plus souvent, pour ne pas dire toujours, lors de la faillite du débiteur, que le créancier nanti se voit dans la nécessité de réaliser son gage, si les syndics ne lui remboursent pas la dette (article 547 du Code de commerce). L'événement de la faillite ne lui empêche pas d'y procéder, dans la forme que nous venons d'indiquer, puisque, comme tout créancier hypothécaire ou privilégié, le créancier nanti reste en dehors de la faillite ou de la liquidation judiciaire (1).

Dès le jour de la déclaration de faillite, il peut, d'ailleurs, provoquer la vente du gage sans attendre le terme convenu (article 1188 du Code civil). Mais il est libre en revanche de le faire, quand cela lui

---

(1) Cour de Poitiers, 1er juillet 1901. — Cour de Rouen, 2 janvier 1901, précités, p. 114. — Cour de Rouen, 11 décembre 1901, précité, p. 115.

plaît ; c'est pour lui une faculté (1). Les créanciers de la faillite peuvent souffrir de ce que cette vente soit faite dans un moment inopportun : les syndics pourront alors demander qu'il soit sursis à la vente.

A l'inverse, si le créancier nanti reste inactif, ne semble-t-il pas que les syndics soient légitimement fondés, s'il y a un intérêt certain pour la masse, à demander au tribunal compétent de l'y contraindre, dans la mesure où il peut ordonner des exécutions, sous peine d'astreintes ?

Or, il y a déjà, pour les syndics, un moyen indirect de l'y obliger en menaçant de continuer l'exploitation et de vendre les marchandises en magasin. En outre, les syndics paraissent avoir le droit de faire vendre le fonds (2), comme tout créancier a le droit de faire vendre tout bien de son débiteur, lors même qu'il ne lui est pas spécialement affecté, sous réserve de l'autorisation du juge-commissaire (article 486 du Code de commerce), et sauf aux créanciers privilégiés sur lui à faire valoir leurs droits utilement. Ils ne manqueront pas de le faire si le créancier nanti ne poursuit pas la vente et s'ils estiment que, même en le désintéressant, il doit subsister un reliquat pour la masse.

Notons cependant, en passant, une conséquence certainement imprévue de la loi du 1er mars 1898 et signalée par M. Lesur (3). La loi n'a fait du fonds de

---

(1) Tribunal de commerce de Rouen, 12 juillet 1900. D. P. 1901. 2. 97, 5e espèce.

(2) En sens contraire : Montier. *Op. cit.*, nº 114.

(3) Lesur. *Op. cit.*, p. 195.

commerce une entité juridique qu'au regard du nantissement. Le créancier nanti, dont le droit porte sur le fonds pris *in globo* comme meuble incorporel, y compris même le matériel et les marchandises qui en dépendent, devra l'exécuter pour le tout par une seule procédure ; les créanciers chirographaires, au contraire, pour qui le fonds de commerce reste un assemblage d'éléments divers, en sont réduits à saisir-exécuter différemment les marchandises et le matériel d'un côté, le droit au bail de l'autre, l'achalandage d'une troisième façon, s'ils peuvent lui appliquer l'une quelconque de nos saisies. Il faut penser que le créancier nanti, qui a intérêt à éviter ce démembrement désavantageux, pourra demander au tribunal compétent la suspension des poursuites des créanciers chirographaires et l'autorisation de vendre en bloc. Au surplus, si c'est le syndic de la faillite qui procède à la vente du fonds, il ne manquera pas, conformément aux intérêts généraux de la masse, de le vendre sans le désagréger : il lui suffit, d'ailleurs, pour cela de l'autorisation du juge-commissaire.

Supposons maintenant que le ou les syndics aient vendu le fonds de commerce et en aient encaissé le prix. Le créancier gagiste ne peut plus saisir-arrêter ce prix aux mains de l'acquéreur ; il lui faut donc faire valoir ses droits contre la faillite. Mais, tout d'abord, est-il légitimement fondé à les exercer sur les deniers provenant de cette vente, lorsque ces deniers sont aux mains des syndics ? Le tribunal de commerce et la Cour de Rouen déclarent que les syndics doivent payer le créancier nanti sur ce

prix (1). On a objecté à cette solution qu'elle était contraire aux principes, en ce que le créancier gagiste ne pouvait conserver son privilège sur le prix que tant qu'il était encore dû ; or, une fois aux mains du syndic, le prix est payé, le gagiste ne peut plus être appelé à participer à sa répartition, puisqu'il est tombé dans le gage commun des créanciers. La faillite, cependant, est une situation spéciale, dans laquelle les syndics, pouvant être considérés comme sequestre du fonds grevé, peuvent l'être également comme sequestre du prix de sa vente, lorsqu'ils l'ont touché. Il serait, en outre, contraire à l'équité de déclarer le créancier nanti, déchu de son droit de préférence sur le prix, tant qu'il n'est pas réparti entre les créanciers de la masse. Enfin, en décider ainsi serait rendre la vente du fonds fort difficile puisqu'une fois le prix versé — et le syndic peut obliger l'acquéreur à le verser — le tiers acquéreur, qui n'a d'ailleurs pas pu purger, serait exposé à payer deux fois, le créancier nanti n'ayant pas perdu son droit de suite. On l'a si bien compris que l'on a essayé de soutenir que le créancier nanti, qui aurait laissé vendre par les syndics le fonds à lui affecté sans protester, devait être considéré comme ayant renoncé à son privilège et, tout particulièrement, à son droit de suite sur le fonds aliéné. Nous aurons bientôt l'occasion de montrer que cette interprétation doit être écartée.

---

(1) Tribunal de commerce de Rouen, 12 juillet 1900. D. P. 1901. 2. 97, 5e espèce, mentionné dans S. 1901. 2. 177, avec note Wahl, comme datant du 13 juillet 1900. — Tribunal de commerce de Rouen, 13 juillet 1900. D. P. 1901. 2. 97, 12e espèce, et Cour de Rouen infirmant ce jugement sur un autre chef, *eodem loco*.

En admettant même que, dans cette hypothèse, le créancier nanti puisse encore faire valoir utilement son droit sur le prix de vente, on peut se demander quelle marche il sera tenu de suivre. On a soutenu (1) qu'à l'exemple du propriétaire créancier de loyers, et contrairement à la jurisprudence admise pour le gagiste effectivement nanti, le créancier nanti du fonds devait être tenu de produire et d'affirmer sa créance. Il nous semble que le créancier nanti du fonds est et doit rester en dehors de la faillite, aucune considération d'équité ou de moralité commerciale ne pouvant prévaloir contre la loi (2). En conséquence, le créancier nanti, étant investi d'un droit exclusif sur la valeur de ce gage et se trouvant placé en dehors de la faillite, peut exiger le versement des sommes représentant le prix de son gage, sans être tenu au préalable d'affirmer et de faire vérifier sa créance ; en outre, en pareil cas, les syndics ne peuvent prélever quoi que ce soit sur ces sommes, qui sont en dehors de la faillite : telles sont les solutions qui nous paraissent logiques ; les questions qui y donnent lieu, n'en restent pas moins fort controversées.

Mais alors la faillite va se trouver compliquée de procédures nouvelles. S'il existe plusieurs créanciers

---

(1) Montier. *Op. cit.*, n° 137. — Tribunal de commerce de Rouen, 12 juillet 1900, précité. — Tribunal de commerce de Rouen, précité.

(2) Cour de Rouen, 2 janvier 1901. D. P. 1901. 2. 97, 12e espèce. — Même sens : Paris, 1er août 1900. D. 1901. 2. 97, 7e espèce, et le jugement du tribunal de la Seine qui donna lieu à cet arrêt, *eodem loco*.

nantis, qui ne s'entendent pas pour la répartition amiable du prix, si même il n'existe qu'un seul créancier nanti et que ce créancier conteste l'existence ou le rang de certains privilèges, qui lui sont opposés, si enfin d'autres créanciers quelconques soulèvent des contestations analogues, il va falloir recourir à une distribution par contribution, qui retardera la solution de la faillite et sera très dommageable à tous les intéressés.

On voit combien de questions sollicitent l'attention du législateur, à ce seul point de vue de la réalisation du fonds de commerce grevé.

IV. — ÉTENDUE DE LA CRÉANCE GARANTIE.

La créance principale, garantie par le nantissement, peut faire naître des créances accessoires à la charge du débiteur et au profit du créancier gagiste. Le créancier peut avoir avancé les frais de l'inscription, engagé des poursuites pour obtenir paiement, obtenu des dommages-intérêts pour inexécution des engagements pris par son débiteur. Généralement aussi, des intérêts sont stipulés par le bailleur de fonds au profit duquel la créance existe : enfin, les intérêts moratoires courent de plein droit du jour de la mise en demeure.

Le créancier nanti, qui vient en ordre utile, peut-il se faire colloquer au même titre, non seulement pour le capital, mais encore pour tous ces accessoires ? Le sort de l'accessoire étant généralement lié à celui du principal, il semble logique d'admettre

l'affirmative. Toutefois cette solution ne va pas sans réserve, en ce qui concerne les intérêts conventionnels, à propos desquels la question se pose pourtant le plus fréquemment.

De tous les accessoires, les intérêts conventionnels sont, en effet, les seuls qui ne soient pas une conséquence forcée de l'existence de la créance principale. Néanmoins, l'intention des parties, lors du contrat, semble bien être qu'ils soient également garantis par le nantissement. L'objection, que l'on pourrait tirer de ce que les créances d'intérêts ne sont pas nées lors de la conclusion du contrat, ne peut avoir grande portée. Des hypothèques sont assez souvent constituées en garantie d'une créance éventuelle ou de l'ouverture d'un compte courant ; pourquoi un nantissement ne pourrait-il pas l'être dans les mêmes circonstances ? D'ailleurs, ces créances sont ici plus qu'éventuelles. Elles existent du jour de la convention ; mais leurs échéances s'échelonnent périodiquement, jusqu'au jour de l'exigibilité de l'obligation dont elles dépendent : elles sont à la fois conditionnelles et à terme (1).

On explique ainsi facilement que les intérêts échus, à l'exclusion des intérêts à échoir, soient garantis par le nantissement, consenti en faveur de la somme principale. On aperçoit cependant une raison de douter ; les tiers comptent légitimement sur les limites assignées à la créance : si les intérêts ne sont pas payés et viennent la grossir, ils peuvent

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Op. cit.*, t. III, parag. 1734, p. 28.

se trouver surpris. Ils auront bien le moyen d'invoquer la prescription de cinq ans (article 2277 du Code civil) des arrérages non échus ; seulement, cette prescription est facilement interruptible. En tous cas, il est à craindre qu'une entente frauduleuse du créancier nanti et de son débiteur n'aboutisse à augmenter démesurément la somme principale. C'est par suite de ces considérations que l'article 2151 du Code civil limite à trois années d'intérêts, en sus du capital, l'étendue de la créance garantie par une inscription d'hypothèque sur un immeuble. D'autre part, l'esprit de notre Code est, en général, de faire bénéficier des avantages d'une sûreté, dont profite une créance, les intérêts qu'elle peut produire. En vertu de l'article 2081 du Code civil, le créancier gagiste peut imputer, sur les intérêts échus, les fruits de la chose qu'il détient. Le créancier nanti ne peut s'attribuer les bénéfices dont il est la source, puisqu'il n'en est pas saisi. Il semble donc équitable, en l'absence de textes spéciaux, dans l'intérêt bien entendu du créancier nanti, comme dans celui des tiers, et pour échapper à tout reproche d'arbitraire, d'étendre ici la disposition ingénieuse de l'article 2151 du Code civil.

Mais le nantissement de fonds de commerce ne peut pas garantir davantage : ce qui permettrait de le penser, c'est que l'article 2082, paragraphe 2, du Code civil autorise un créancier gagiste à retenir son gage, pour avoir paiement, en outre de la créance primitive, d'une seconde créance, née postérieurement et à lui due par le même débiteur, sans qu'une stipulation formelle soit nécessaire. Ce droit de gage

tacite, dit en droit romain *droit de rétention gordienne,* fondé sur une présomption de volonté, n'existe pas au profit du créancier nanti d'un fonds. Sans parler des inconvénients pratiques qui résulteraient, pour les tiers et le crédit d'un commerçant, de cette aggravation occulte des charges qui peuvent grever son fonds, il ne dérive, suivant l'opinion commune (1), que du droit de rétention, et, en tous cas, est subordonné à la possession effective par le créancier de l'objet engagé : or cette condition fait ici complètement défaut.

§ II. — *Effets du nantissement du côté du débiteur constituant ou du tiers détenteur.*

Dans le nantissement de fonds de commerce, c'est le débiteur qui a la possession et la garde du gage ; c'est à lui qu'il incombe de le conserver. Pour s'acquitter de cette obligation, il doit gérer le fonds en bon père de famille ; comme cette obligation de le conserver, dont il est tenu, est loin d'être pour lui sans profit, puisqu'elle a sa source dans une prestation qui lui a été préalablement faite, il doit, en effet, être déclaré responsable, dans les termes de l'article 1137 du Code civil, des fautes par lui commises, et, le cas échéant, condamné à des dommages-intérêts.

Cette obligation a, en outre, d'autres sanctions

---

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Op. cit.*, t. I, p. 111, parag. 109. — Guillouard. *Du Nantissement,* p. 163, parag. 157.

civiles. Si la mauvaise administration du débiteur, si son fait entraîne la diminution ou la disparition du fonds, le créancier est en outre fondé à réclamer contre lui la déchéance du bénéfice du terme. Enfin, si le débiteur a aliéné, sinon le fonds entier, au moins partie de son fonds, en fraude de ses droits, il peut demander l'annulation de l'acte accompli.

Il est impossible, au reste, de considérer comme pénalement responsable le commerçant qui, sciemment, aurait causé la perte de son fonds préalablement engagé; l'article 408 du Code pénal punit, il est vrai, des peines de l'abus de confiance, quiconque aurait détourné une chose à lui remise à titre de nantissement. Mais l'abus de confiance suppose le détournement de la chose d'autrui; or, dans notre hypothèse, c'est sa propre chose que le débiteur aurait dissipée. La loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles fournit, du reste, ainsi que le remarque M. Lesur (1), un excellent argument en faveur de cette interprétation. Cette loi a organisé le nantissement sans déplacement des récoltes. Or, dans son article 13, elle a eu soin de punir des peines de l'article 408 du Code pénal « l'agriculteur convaincu d'avoir dissipé ou volontairement détérioré, au préjudice du créancier, le gage de celui-ci... » Qu'était-il besoin de cette disposition si le droit commun eût été applicable?

Cette obligation du débiteur de conserver la chose ne dure évidemment que jusqu'à l'extinction de la créance; la survivance de l'inscription ne la prolonge

(1) Lesur. *Op. cit.*, p. 179.

pas, le nantissement se trouvant néanmoins éteint par voie de conséquence.

Pourtant elle ne l'empêche pas de disposer de son fonds, à titre onéreux ou gratuit. Il en reste propriétaire : on ne peut donc pas dire que le créancier, seul, a le droit de vendre le fonds, à lui engagé, à l'exclusion du débiteur qui n'en serait alors que détenteur précaire. Le fait de vendre le fonds n'entraîne pas une diminution de la valeur du gage, et partant, une faute dans l'obligation de le conserver. Le créancier peut, d'ailleurs, trouver dans cette aliénation une belle occasion d'être remboursé; ses intérêts sont, au surplus, sauvegardés par le droit de suite que nous lui avons reconnu et par les diverses sanctions civiles indiquées plus haut, qui lui permettent d'obtenir réparation, même à l'encontre d'un tiers détenteur, du préjudice à lui causé par la faute ou la fraude de celui qui a la possession du fonds.

SECTION IV.

EXTINCTION DU NANTISSEMENT DE FONDS DE COMMERCE.

Le nantissement de fonds de commerce est un contrat accessoire, qui n'est établi que pour la garantie du paiement d'une créance. Dès que cette créance se trouve éteinte, et de quelque manière qu'elle le soit, le nantissement est lui-même éteint, par voie de conséquence. Mais il faut évidemment que l'extinc-

tion de la créance soit totale; car, s'il en subsistait la moindre partie, le nantissement survivrait pour le tout. Dans le gage comme dans l'hypothèque, il y a lieu, en effet, de faire application de la vieille règle que l'on formule par cet adage : *Est tota in toto, et tota in qualibet parte.* (Articles 2083 et 2114 du Code civil.)

Le nantissement peut également s'éteindre par voie principale. En laissant de côté l'hypothèse de la résiliation de la propriété du constituant, dans laquelle il y a plutôt annulation indirecte qu'extinction du nantissement, les principaux modes d'extinction directe du nantissement sont : la renonciation du créancier nanti, la prescription, la perte du fonds, le défaut d'inscription en temps utile, la confusion. Il ne se pose, à leur propos, que fort peu de questions intéressantes et controversées, malgré la brièveté de la loi de 1898, les principes généraux trouvant, d'ordinaire, ici leur application. Le premier de ces modes est le plus important à étudier.

§ I. — *Renonciation du créancier nanti.*

Sous réserve de la question de capacité, le créancier peut renoncer à son droit sur le fonds, soit formellement, soit tacitement. La première forme ne soulève pas de difficultés; par contre, il est plus délicat de dire quand il y a, de la part de ce créancier nanti, renonciation tacite. On peut l'induire de bien des actes qu'il est impossible d'énumérer ; le plus sou-

vent, elle dépend de faits dont la signification est abandonnée à l'appréciation souveraine des juges.

Chaque hypothèse doit être, par conséquent, l'objet d'une interprétation spéciale; le seul principe directeur à poser, c'est que les renonciations ne se présument pas. La question des renonciations tacites a donné lieu, à l'occasion d'une circonstance appelée à se renouveler fréquemment, à une jurisprudence particulière, qui mérite d'attirer l'attention.

On sait qu'aux termes de l'article 2102, paragraphe 2, le créancier gagiste ne peut exercer son privilège que sur le gage dont il est saisi ; si le gage est sorti de ses mains, par convention ou tradition de sa part, il est considéré comme ayant renoncé à son privilège (1). En se fondant sur cette idée de possession fictive, que certains auteurs (2) ont soutenu être à la base du nantissement de fonds de commerce, des syndics de faillite ont voulu voir quelquefois un signe de dessaisissement, dans le fait par le créancier de laisser vendre le fonds sans protestation. Nous savons que le point de départ de ce raisonnement est inexact : le débiteur reste propriétaire et possesseur de son fonds ; il demeure libre de l'aliéner. Le créancier ne peut s'y opposer ; il peut, seulement, y avoir lieu, pour lui, d'exercer l'une des actions qui lui sont ouvertes ; encore a-t-il trente ans pour les intenter.

---

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Op. cit.*, t. I, n° 83, p. 73. — Boistel. Note. D. P. 1894. 1. 409.

(2) Ruffelet. *Op. cit.*, p. 112. — Montier. *Des Nantissements de fonds de commerce*, n° 110.

Le tribunal de commerce de Rouen (1) a répondu très justement à cette prétention, que le privilège du créancier nanti suit le gage partout où il se trouve, avant comme après la réalisation, que le créancier est libre de vendre, sans y être jamais obligé, qu'aucune prescription de loi ne le lui impose et qu'il ne peut être l'objet d'une déchéance qui n'existe dans aucun texte.

La vente du fonds de commerce, faite par le débiteur ou le syndic de sa faillite, n'entraîne donc, pour le créancier, la renonciation à son gage que s'il y a concouru. Même dans cette dernière hypothèse, si son droit de suite est perdu, son droit de préférence subsiste et il peut l'exercer sur le prix (2), — ce prix fût-il passé, ainsi que nous l'avons vu, aux mains des syndics, — tant qu'il n'a pas été procédé à sa répartition.

§ II. — *Autres circonstances entraînant l'extinction directe du nantissement.*

I. — PRESCRIPTION.

Si le fonds de commerce est resté aux mains du débiteur, la prescription du nantissement, dont il est l'objet, marche de pair avec la prescription de

(1) Tribunal de commerce de Rouen, 12 juillet 1900. D. P. 1901. 2. 97, 5e espèce.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Op. cit.*, t. III, n° 2262. — Aubry et Rau. *Op. cit.*, 5e édition, t. III, parag. 292, p. 816-817.

l'obligation : en ce cas, la prescription n'est en quelque sorte qu'un mode indirect d'extinction du nantissement.

Il n'en est pas de même quand le fonds est passé aux mains d'un tiers autre que le débiteur. Il peut alors arriver que le nantissement soit prescrit quand la créance ne l'est pas : il suffit de supposer que le créancier nanti ait interrompu la prescription à l'égard du débiteur, sans l'interrompre vis-à-vis du tiers détenteur ; le même résultat pourrait se produire si la prescription s'était trouvée suspendue un certain temps à l'égard du débiteur, sans l'être également à l'égard du tiers détenteur. Cette prescription est, d'ailleurs, et toujours, de trente ans (1), aussi bien vis-à-vis du tiers détenteur que du débiteur primitif.

II. — PERTE DU FONDS DE COMMERCE.

Si le fonds de commerce est perdu, le nantissement disparaît. Mais il se pose, à ce propos, une question intéressante, celle de savoir si, en cas d'incendie, le droit du créancier nanti ne s'étendra pas aux indemnités dues par l'assureur du fonds ou de partie du fonds au commerçant débiteur ou tiers détenteur.

Nous estimons, avec tous les auteurs, que, même si le créancier nanti ne se les était pas fait éventuellement céder, on ne doit pas hésiter à répondre affirmati-

---

(1) Baudry-Lacantinerie et Tissier. *De la Prescription*, nos 651 et suiv.

vement (1). En effet, l'article 2 de la loi du 19 février 1889 est assez large, pour qu'on puisse faire bénéficier le créancier nanti de la disposition qu'il édicte. Voici quelle est sa teneur : « Les indemnités d'assurances... sont attribuées, sans qu'il soit besoin de délégation expresse, aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, suivant leur rang. »

III. — DÉFAUT D'INSCRIPTION DU NANTISSEMENT EN TEMPS UTILE.

Si le créancier, premier nanti, ne requiert inscription de son nantissement qu'après un autre créancier postérieurement nanti, il perd le rang qu'il aurait eu s'il avait été plus diligent ; son droit de nantissement subsiste pourtant, bien que avec une efficacité moindre. Au contraire, si un créancier nanti se laisse surprendre par l'aliénation du fonds, ou par tout autre événement qui arrête le cours des inscriptions, tel que la faillite, avant d'avoir pris inscription, son droit n'est pas opposable aux tiers ; le nantissement n'est pas positivement éteint, mais il est sans effet utile.

IV. — CONFUSION.

Si le créancier nanti devient propriétaire du fonds de commerce, il se produit sur sa tête une confusion

---

(1) Lesur. *Op. cit.*, p. 245. — Ruffelet. *Op. cit.*, p. 163. — Par *a contrario :* Guillouard. *Privilèges et hypothèques*, t. I, p. 201, n° 165 IV.

de deux qualités opposées ; cette confusion a pour effet de paralyser l'exercice du droit du créancier nanti. Elle n'est cependant pas plus un véritable mode d'extinction du nantissement que la confusion des qualités de créancier et de débiteur n'est une véritable cause d'extinction des obligations. S'il se présentait, par conséquent, une hypothèse où le créancier nanti du fonds, dont il est propriétaire, ait intérêt à user de sa première qualité, rien ne s'opposerait à ce qu'il s'en prévalût.

SECTION V.

TRANSMISSION DU NANTISSEMENT.

Le bénéficiaire d'un nantissement peut-il en transmettre les avantages à un cessionnaire à titre particulier et comment ? Ces questions sont actuellement un peu laissées dans l'ombre ; cependant un intérêt pratique considérable s'attache à la réalisation d'un pareil acte juridique par des modes simples et peu coûteux permettant la circulation rapide de cette nouvelle sûreté réelle.

Comme pour les hypothèques, on peut concevoir la transmission du nantissement soit avec la créance dont il est l'accessoire, soit isolément.

La transmission de la créance et du nantissement qui l'accompagne peut être le résultat soit d'une cession de créance, emportant, conformément à l'ar-

ticle 1692 du Code civil, cession des accessoires et des sûretés qui la garantissent, soit plus généralement d'une subrogation conventionnelle ou légale. Si la quittance subrogative suffit à constater le paiement avec subrogation (article 1250, paragraphe 1er, du Code civil), les formalités de l'article 1590, qui entraînent d'ailleurs des frais d'enregistrement très onéreux, sont gênantes et compliquées. Depuis longtemps, la jurisprudence a imaginé ou plutôt favorisé des cessions de créances civiles hypothécaires par des moyens ingénieux, plus commodes et plus économiques. Elle permet de donner aux obligations notariées, emportant hypothèque, la forme à ordre ou au porteur. L'endossement ou la tradition de ces obligations emporte alors cession de la créance et de ses accessoires, y compris notamment les hypothèques qui la garantissent (1).

La validité de ces procédés a été admise avec une restriction : les paiements, faits aux détenteurs antérieurs, ne seront opposables aux détenteurs postérieurs que s'ils sont portés sur le titre et par conséquent sur la minute; l'acte de constitution d'hypothèque, qui contient reconnaissance de dette, doit, en effet, être authentique. Pour éviter l'intervention du notaire à chaque paiement, la jurisprudence paraît préconiser la confection de l'acte notarié en

---

(1) Dalloz. *Répertoire*, v° Effets de commerce, n° 373 ; v° Privilèges et hypothèques, n° 1267. *Supplément au répertoire*, v° Privilèges et hypothèques, n°s 854-855. — Aubry et Rau. *Op. cit.*, 5e édition, t. III, parag. 288, p. 748. — Guillouard. *Privilèges et hypothèques*, t. IV, parag. 1698, p. 9. — Planiol. *Op. cit.*, 2e édition, t. II, n° 2671, p. 805.

brevet ou la mention de ces paiements sur la première grosse.

A cette manière de faire, il y a une objection sérieuse, c'est que le porteur postérieur ou le dernier endosseur ne seront pas touchés par les notifications à fin de purge, forcément signifiées au domicile élu dans l'inscription. La jurisprudence ne s'y est pas trop arrêtée : elle paraît admettre que les notifications, faites au domicile élu, auront leur effet, même vis-à-vis de ces porteurs ou endosseurs ultérieurs.

Juridiquement, rien ne s'oppose à ce que les créances garanties par un nantissement puissent circuler avec lui d'une façon analogue (1) : il est même d'autant plus heureux qu'il en soit ainsi, dans notre hypothèse, que, le plus souvent, les créances ainsi garanties sont commerciales. Comme il n'est pas besoin d'un acte notarié pour la constitution d'un nantissement, aucun obstacle pratique ne peut résulter de la nécessité de la mention des paiements sur le titre. D'autre part, la loi du 1er mars 1898 n'ayant pas organisé la purge du nantissement, il n'y a pas de notifications à faire dans ce but : il n'y a donc pas lieu de s'inquiéter, non seulement de ce que les porteurs postérieurs ou les derniers endosseurs ne sont pas connus, mais encore de ce qu'une élection de domicile n'est pas imposée par la loi dans l'inscription de nantissement.

En second lieu, peut-on céder le nantissement sans

---

(1) Tribunal de commerce d'Angers du 19 juillet 1901. *Gazette du Palais*, 1902. 1. 167.

la créance et en faire un mode de crédit par lui-même ? En matière d'hypothèque immobilière, cette opération est connue sous le nom de subrogation à l'hypothèque. Notre Code n'a prévu et réglé que la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée : mais on la comprend dans d'autres hypothèses. Aucun texte ne s'oppose à ce transfert de l'hypothèque en toutes circonstances et la liberté des conventions l'autorise. En général, on conçoit que cette subrogation puisse être réalisée, soit par une cession d'hypothèque proprement dite, soit par une cession d'antériorité, soit par une renonciation à l'hypothèque ou une promesse d'abstention (1). Il va sans dire que la première forme est également la plus intéressante et la plus propre à donner à l'opération tout ce qu'on peut en attendre. Le caractère accessoire de l'hypothèque n'est pas incompatible avec cette cession : l'hypothèque, une fois détachée de la créance primitive, se trouve, en effet, rattachée à une autre. Le résultat s'analyse dans ces deux idées : le cessionnaire a un droit propre, mais il ne peut le faire valoir que dans la mesure des droits du subrogeant. Si la créance du subrogeant disparaît, l'hypothèque disparaît de même (2), à moins qu'on ne sup-

---

(1) Guillouard. *Privilèges et hypothèques*, t. IV, nos 1694-1705. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Op. cit.*, t. II, nos 905-908. — Beudant. *Des Sûretés personnelles et réelles*, t. II, nos 820 et suiv. — Planiol. *Op. cit.*, t. II, nos 3456 et suiv., p. 1031 et suiv. — En sens contraire : Laurent. *Op. cit.*, t. XXXI, nos 324-325.

(2) Valette. *Privilèges et hypothèques*, no 128, p. 210 et suiv. — Demante et Colmet de Santerre. *Cours analytique de Code civil*, 2e édition, t. IX, no 75 *bis* VI-X. — Aubry et Rau. *Op. cit.*, 5e édition, t. III, parag. 288, p. 741-742, note 2. — En sens contraire : Baudry-

pose un acquiescement éventuel du débiteur à son maintien dans les mêmes conditions et, par conséquent, de la part du premier bénéficiaire, une sorte de stipulation pour autrui. Ainsi, s'explique que la subrogation à l'hypothèque soit surtout pratiquée par la femme mariée, dont la créance ne s'éteint qu'à la dissolution du mariage.

La subrogation à l'hypothèque ne semble pas, en général du moins, devoir être soumise à des formalités particulières ; la convention des parties suffit à la réaliser. Mais il faut dire avec M. Guillouard (1) que « le subrogé fera bien de mentionner sa subrogation en marge de l'inscription du privilège ou de l'hypothèque dans le bénéfice desquels il est subrogé ». Il s'exposerait, sans cela, à voir le subrogeant donner valablement mainlevée pure et simple, puisqu'il reste en possession du titre hypothécaire. L'inscription aurait, en outre, l'avantage d'avertir les tiers des subrogations réalisées, la préférence entre divers subrogés appartenant à celui dont le titre est antérieur en date (2).

Cette subrogation peut être constatée soit par un titre nominatif, soit par un titre à ordre ou au porteur : rien du moins ne paraît empêcher l'emploi de

---

Lacantinerie et de Loynes, *Nantissement, privilèges et hypothèques*, t. II, n° 905, soutiennent que l'hypothèque subsiste aux mains du cessionnaire malgré l'extinction de la créance primitivement garantie. Voir de même : Bourges, 29 juillet 1832. Dalloz. *Répertoire*, v° Privilèges, n° 950. — Caen, 11 mars 1854. D. 1855. 5. 446. — Cass. Req., 31 janvier 1883. D. 1883, p. 316 et note.

(1) Guillouard. *Privilèges et hypothèques*, t. IV, n° 1701, p. 11.

(2) Aubry et Rau. *Op. cit.*, 5e édition, t. III, parag. 288, p. 743, n° 4.

ces deux dernières formes, susceptibles de faciliter la circulation de l'hypothèque et d'en faire un mode de crédit par elle-même fort pratique. Dans ces deux dernières hypothèses, il ne semble pas qu'il soit utile d'exiger l'inscription des endossements ou des traditions postérieures à la première transmission.

Le simple transfert du nantissement, sans la créance, semble pareillement possible, et par les mêmes moyens. Le gage est, il est vrai, entre les mains du créancier un dépôt (article 2079 du Code civil), dont il ne peut disposer, qu'il ne peut ni aliéner, ni remettre comme gage de ses propres dettes (1). C'est cette dernière idée qu'exprimait, avant tout, le vieux brocard : « Nantissement sur nantissement ne vaut. » Mais le nantissement de fonds de commerce n'est pas un gage : le débiteur reste propriétaire et possesseur de son fonds engagé. Le créancier n'est pas un dépositaire : son droit est, en réalité, un droit d'hypothèque. C'est encore une fois sur les principes hypothécaires qu'il faut en modeler la condition juridique.

Une remarque cependant nous reste à faire : lorsque l'hypothèque est transférée sans la créance qu'elle garantit, nous avons vu qu'il était utile de mentionner, tout au moins, la première des transmissions, auxquelles elle donne lieu, en marge de l'inscription, même avec un titre de cession authentique. Or, il est difficile de supposer que, dans le silence de la loi, les greffiers consentent à enregistrer

---

(1) Guillouard. *Du Nantissement*, n° 143, p. 150.

des transmissions de nantissement, étant donné qu'ils refusent déjà d'opérer des radiations et qu'une mainlevée de nantissement est un acte beaucoup moins complexe et moins dangereux que sa transmission par le moyen d'un titre à ordre ou au porteur.

TROISIÈME PARTIE

INCONVÉNIENTS PRATIQUES DE LA LOI DU 1er MARS 1898

SA RÉFORMATION

La loi du 1er mars 1898 a donné une impulsion nouvelle à la pratique, jadis hésitante, des nantissements de fonds de commerce. Mais on s'est aperçu bien vite de ses lacunes et de ses imperfections. Aussi, des projets de modification n'ont-ils pas tardé à être proposés au Parlement ; il n'ont pourtant pas encore abouti. On paraît attendre dans les sphères législatives que ce nantissement, introduit chez nous pour favoriser le petit commerce, ait fait ses preuves d'une manière plus éclatante. D'autre part, ce n'est pas seulement la modification de la loi qui est en jeu, c'est aussi son abrogation. Le nantissement de fonds de commerce sans déplacement a

ses partisans convaincus, mais il a aussi ses détracteurs acharnés.

L'existence de ces courants d'opinion si opposés, les plaintes réitérées des intéressés, si dignes d'attention, rendent toute d'actualité la question de la réformation de la loi du 1er mars 1898. La Société d'études législatives, de création récente, l'a si bien compris qu'elle l'a inscrite à l'ordre du jour de ses travaux pour l'année 1903 (1).

Après avoir indiqué les inconvénients de la loi du 1er mars 1898, les dangers même de l'institution qu'elle consacre, nous rappellerons brièvement les projets de loi proposés pour la modifier. Il nous restera alors à rechercher dans quel sens, selon nous, le législateur devra orienter le texte nouveau qui devra la remplacer. Nous avions tout d'abord pensé à incorporer dans cette partie une étude sommaire de droit comparé : mais elle ne trouverait que difficilement sa place dans le cadre que nous venons de tracer et qui nous paraît seul logique. Nous la rejetterons donc en appendice.

---

(1) Questionnaire de la commission d'études sur la législation du nantissement de fonds de commerce. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, nº 1, p. 90-91.

CHAPITRE PREMIER.

Inconvénients de la loi du 1er mars 1898.

Le réquisitoire à dresser contre la loi du 1er mars 1898, qui, destinée à mettre fin à des conflits de jurisprudence, en a déchaîné de nouveaux, se rattache à deux ordres d'idées. Le premier est relatif aux vices inhérents à la mise en œuvre du principe qu'elle pose ; le second a trait à l'opportunité de l'introduction de ce principe même dans notre législation.

Au premier point de vue, on peut affirmer, sans crainte d'être contredit, que son texte, devenu le paragraphe 2 de l'article 2075 du Code civil, est une source de difficultés, de fraudes et d'incertitudes pour le commerce et que, notamment, l'insuffisance de la publicité, par lui prescrite, rend le gage sans tradition qu'il organise, presque aussi nuisible au crédit que s'il était occulte.

Quand on a examiné de près l'économie de cette loi, quand on a surtout groupé et analysé l'abondante jurisprudence à laquelle elle a déjà donné naissance, dans cet intervalle de temps si court qui nous sépare de sa promulgation, on ne peut nier tout d'abord que le nantissement de fonds de commerce sans déplacement ne soit, sous son empire, une mine inépuisable de procès.

Les conflits qui peuvent y donner lieu sont nombreux et faciles à imaginer. En pratique, ils se sont surtout produits, jusqu'à aujourd'hui, entre le créancier gagiste et le syndic de la faillite du constituant, à propos de la régularité de la constitution du nantissement ou de son étendue ; mais ils peuvent naître facilement aussi : 1° entre le constituant ou le gagiste d'une part, et le greffier à propos de l'inscription ou de la radiation de cette inscription ; 2° entre les différents gagistes dont l'inscription serait prise le même jour ; 3° entre plusieurs gagistes, au cas où le fonds serait transporté d'un lieu dans un autre, ou bien encore dans l'hypothèse où l'inscription n'indiquerait pas le montant de la créance garantie ; 4° entre le créancier gagiste primitif ou le cessionnaire du gage et le greffier pour la mention de la créance ; 5° entre le créancier gagiste et les tiers qui auraient acquis des droits réels sur des éléments importants du fonds ; 6° entre le créancier gagiste et le bailleur de l'immeuble où le fonds est exploité, ou encore entre ce créancier et un vendeur d'objets mobiliers qui a conservé sur eux son privilège ; 7° entre le créancier gagiste et un créancier hypothécaire, lorsque l'immeuble, où le fonds est

exploité, appartient au constituant et que l'on pourrait faire application de la théorie de l'immobilisation par destination commerciale ; 8° enfin entre le créancier gagiste et l'acquéreur du fonds de commerce, qui, par suite de l'imperfection de la publicité des droits réels sur ces sortes de biens, n'aurait pas eu connaissance du gage.

Pour résoudre ces conflits, des débats judiciaires, coûteux et prolongés, sont nécessaires; or, le commerce a besoin de terminer rapidement et économiquement les difficultés auxquelles ses transactions donnent lieu. La bonne marche des affaires exige que le commerçant ait la connaissance certaine des conséquences que peuvent produire ses actes; sans la sécurité du lendemain, il n'y a pas d'entreprise qui puisse prospérer.

On dira bien que les tribunaux sont là et qu'en peu de temps, ils arriveront à établir une jurisprudence, susceptible de fixer les intéressés. Il est vrai qu'une foule de questions relatives au nantissement de fonds de commerce, selon la loi de 1898, leur ont été déjà soumises et que certaines de leurs interprétations commencent à faire autorité ; mais la controverse reste ouverte sur beaucoup d'autres et menace de s'éterniser. D'ailleurs, il est certaines questions qui ne pourront être soumises aux tribunaux que quand la loi aura vieilli de plusieurs années. Enfin, la jurisprudence n'est pas la loi, et elle peut être l'objet de revirements subits, dont l'histoire des nantissements de fonds de commerce fournit le plus frappant exemple.

En marge de tous ces conflits, il ne faut pas

omettre de mentionner tous ceux qui peuvent naître des fraudes, dont le fonds de commerce peut être l'instrument, sous l'empire de la loi du 1er mars 1898.

Quelques années d'application de cette loi ont suffi pour fixer l'opinion sur ce point. On peut interroger tous les membres des tribunaux ou des Chambres de commerce, tous ceux qui, par leurs professions ou leurs attributions, sont appelés à voir fonctionner cette institution, les agréés, les syndics de faillites, les agents d'affaires et surtout les commerçants parisiens, nous ne croyons pas qu'ils nous contredisent, si nous affirmons qu'elle est l'occasion de fraudes nombreuses et de tous genres.

M. Authier, dans l'exposé des motifs (1), qui précèdent sa proposition de loi du 13 février 1902, modificative de la loi du 1er mars 1898, cite certains passages de discours de présidents de tribunaux ou de Chambres de commerce, où sont indiquées quelques-unes des hypothèses de fraude, auxquelles peut se prêter ce nantissement.

M. Vindry (2), dans son rapport à la Chambre de commerce de Lyon, le 31 août 1899, disait notamment : « Il sera facile à un commerçant malhonnête (et l'expérience prouve que la loi doit compter avec cette espèce) d'acheter une grande quantité de marchandises et de s'entendre, après livraison, avec un

---

(1) *Journal officiel,* Chambre des députés, doc. parl., 1902, session ordinaire, annexe n° 2997, p. 157.

(2) Exposé des motifs de la proposition de loi de M. Authier, précité. — Voir aussi le rapport de M. Vindry dont il s'agit au *Bulletin de la Société d'études législatives,* 1903, n° 4, p. 294-300, plus spécialement p. 298.

compère complaisant, pour lui constituer un nantissement fictif ; puis, quand la faillite ou seulement la liquidation judiciaire sera survenue, le produit de l'actif passera au créancier gagiste qui partagera avec le failli. »

M. Magnan (1), président du tribunal de commerce de Marseille, dans son discours d'installation du 23 janvier 1901, ajoutait : « La loi de 1898 va permettre au débiteur d'engager ses dernières ressources avant le dépôt de son bilan. Désormais, sur une simple déclaration faite au greffe, il pourra hypothéquer son fonds de commerce et, ce qui est plus monstrueux encore, toutes les marchandises qu'il contient ou contiendra, de telle sorte que la livraison, faite de bonne foi la veille de la faillite, devient rétroactivement le gage de ce louche prêteur, sans qu'il ait rien à dire, rien à y prétendre, et ce prêteur, qui, dans bien des cas, ne sera qu'un recéleur à estampille légale, pourra, au lendemain d'un concordat à 2 %, rendre à l'illégitime propriétaire ce qu'il lui aura aidé à soustraire à ses créanciers. »

On pourrait multiplier les exemples de fraude. Rien n'empêche un individu quelconque d'acheter un fonds de commerce, bien pourvu de marchandises, avec l'intention ferme de ne pas le payer. En garantie du paiement, il le donnera en nantissement à son vendeur ; quand il aura réalisé les marchandises, il se fera mettre en liquidation judiciaire : le vendeur perdra et son prix et son fonds.

---

(1) Exposé des motifs de la proposition de loi de M. Authier, précité.

Voici une autre hypothèse : un négociant vend son fonds à terme ; avant l'arrivée du terme fixé, quand son acheteur se croit en sécurité, il donne son fonds en nantissement ; l'acheteur est désarmé contre ce nouveau genre de stellionat. Nombreuses, d'ailleurs, sont les fraudes ou les surprises qui peuvent résulter de ce régime anormal d'une publicité des nantissements de fonds de commerce, organisée sans une publicité des cessions de ces mêmes fonds.

Ces inconvénients n'ont pas, nous dira-t-on, l'importance que nous semblons leur attribuer : il suffira d'en appeler aux tribunaux pour faire annuler les nantissements frauduleux. Mais, tout d'abord, la preuve en sera-t-elle souvent bien facile à administrer ? Il est permis d'en douter. Le fut-elle, que les ennuis et les lenteurs d'un procès sont toujours assez préjudiciables aux intérêts d'un commerçant, pour qu'il lui soit plus utile de les éviter.

La possibilité même de ces actes déloyaux est donc, elle aussi, une cause d'insécurité et de défiance dans les transactions.

Tenons pourtant ces fraudes pour quantité négligeable ; plaçons-nous dans l'hypothèse de l'application régulière et loyale de la loi nouvelle d'après son texte et les interprétations que la majorité de la jurisprudence en donne actuellement ; supposons qu'aucune difficulté, qu'aucun procès ne surgisse à son occasion ; le résultat que nous venons de signaler en dernière analyse serait-il évité ?

M. Sauzay (1), dans son rapport à la Chambre de

---

(1) Exposé des motifs de la proposition de loi de M. Authier, précité.

commerce de Chalon-sur-Saône, du 1er août 1899, disait déjà : « Le crédit est chose fragile : quand le vendeur ne sera plus sûr d'avoir devant lui le réel possesseur du fonds de commerce, il deviendra méfiant ; il refusera d'accorder des délais, il exigera des garanties sérieuses ; de là, de grandes difficultés pour les affaires à ajouter à celles que crée la concurrence des coopératives, des syndicats, des grands magasins en vendant toujours au comptant. »

C'est qu'en effet le fournisseur, qui aura eu l'imprudence de consentir des crédits à un commerçant dont le fonds est grevé, se trouvera forcément lésé au jour de la faillite, puisque la valeur des marchandises par lui livrées, et, qui « moralement », suivant le mot très juste de M. Lignon (1), n'appartiennent pas à son débiteur, va se trouver absorbée par le nantissement préalablement constitué. On dira peut-être que s'il subit une perte, il n'a à s'en prendre qu'à lui ; il lui était facile de connaître la situation réelle de ce commerçant. Il n'avait qu'à se reporter au registre réservé au greffe du tribunal de commerce pour l'inscription des nantissements de fonds de commerce ; il aurait ainsi connu l'existence du nantissement.

Ecoutons sur ce point M. Authier, dans son remarquable et consciencieux exposé des motifs que nous avons déjà cité : « Il faut, dit-il, aux transactions commerciales, une élasticité, une rapidité qui ne

---

(1) Discours d'installation de M. Lignon, président du tribunal de commerce de Lyon, le 16 janvier 1901, dans l'exposé des motifs de M. Authier, précité.

peut s'accommoder de formalités de cette nature. Vouloir qu'avant de conclure une affaire, un commerçant, dans le but de s'assurer de la solvabilité des clients avec lesquels il peut avoir à traiter, s'en aille au greffe, en un lieu parfois éloigné du centre des affaires, ouvert seulement à de certaines heures, plus ou moins encombré et où il obtiendra plus ou moins facilement, plus ou moins rapidement les renseignements sollicités, vouloir cela, c'est mal connaître la pratique des affaires, c'est demander l'impossible.

» Comme l'a très bien fait remarquer M. Louis Villard, dans son rapport à la Chambre de commerce de Bourg sur la question du nantissement (25 avril 1901), « dans la pratique, le découvert, que » l'on va consentir à tel ou tel commerçant, aura pour » origine première l'impression favorable qu'aura » ressentie le créancier en présence d'un magasin bien » tenu, bien garni et géré par des personnes paraissant » avoir un esprit d'ordre et d'économie ». Voilà, en effet, les indices, dont la plupart du temps, appuyés, bien entendu, de renseignements moins officiels que ceux du greffe, et, dans bien des cas, de la seule commune renommée, on a l'habitude de se contenter dans la pratique des affaires. Mais d'agir comme on le fait en matière de contrats civils, de courir opérer des vérifications au greffe du tribunal de commerce, de s'y faire délivrer une sorte d'état hypothécaire, ne le demandez pas aux négociants. Ce n'est point ainsi qu'ils sont accoutumés de traiter les affaires.

» Supposons néanmoins que, surmontant ces difficultés et se pliant à des habitudes nouvelles, le

monde des affaires entende user des garanties de la loi pour assurer la sécurité de ses transactions. Le négociant, vendeur de marchandises, a pris le soin de se rendre au greffe : il y a obtenu la certitude que le fonds de son acheteur n'a été remis en nantissement à personne. Il a en poche un certificat du greffier bien et dûment constatant qu'aucune inscription n'existe.

» Est-il garanti ? Peut-il dormir sur ses deux oreilles et se dire que, par le moyen que lui fournit la loi, il a assuré la sécurité de sa créance. En aucune façon ! Rien ne lui garantit, en effet, que, après la livraison effectuée, et dans les soixante, les quatre-vingt-dix ou les cent vingt jours qui séparent celle-ci du paiement, ses marchandises ne seront point, à son insu, données en nantissement par l'acheteur et que, ce qui doit rester son gage légitime, ne lui échappera pas pour passer à la garantie d'une autre créance d'ailleurs réelle ou simulée. »

Ici, nous touchons au fond de la question, à l'opportunité même du nantissement de fonds de commerce sans déplacement. Si la loi du 1er mars 1898 avait mis en œuvre le principe qu'elle consacre d'une façon suffisamment parfaite pour éviter tous les procès et éluder toutes les fraudes, si notamment elle avait organisé une publicité susceptible de prévenir utilement tous les intéressés, aurait-elle encore atteint le but qu'elle poursuivait ? On a fait au principe de ce nantissement, englobant les marchandises adjointes au fonds qui en est l'objet, de nombreux et sérieux reproches et il faut convenir que beaucoup sont mérités.

Tout d'abord, dit-on, la garantie, donnée sur le fonds de commerce au créancier, n'est qu'un « fantôme (1) », puisqu'il dépend de son débiteur de l'en priver, soit en vendant ses marchandises, soit en faisant résilier son bail, soit en abandonnant volontairement son fonds. Le fonds de commerce est, assurément, une valeur fort instable qui varie, au gré des circonstances économiques ambiantes, qui se transforme, augmente ou diminue suivant l'intelligence, le travail, les moyens d'action, l'énergie et la volonté du propriétaire. Mais il est, en fait, fort rare que le commerçant ne cherche pas à maintenir son fonds coûte que coûte et jusqu'au bout : son propre intérêt l'y pousse. Du reste, il est certains éléments, comme le pas commercial, qu'il ne peut détruire. Le fonds de commerce est, par conséquent, susceptible de fournir une sûreté certaine pour partie au moins de sa valeur.

Malheureusement, ce nantissement encourt des critiques mieux fondées : même, et surtout peut-être avec une publicité parfaite, il apparaît comme « dangereux pour le débiteur lui-même (2) » ; il tue son crédit et le conduit facilement à la ruine.

En premier lieu, il lui enlève la confiance de tous ses fournisseurs non bénéficiaires de ce nantissement. Il y a même mieux : si les vendeurs de marchandises ne veulent pas courir le risque d'être dupés, ce n'est

---

(1) Pignolet. *Op. cit. : Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1896, plus spécialement, p. 410.

(2) Rapport présenté à la Chambre de commerce de Lille, par M. H. Decroix, le 28 avril 1899. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, p. 321-324, plus spécialement p. 323.

pas seulement aux commerçants, dont les fonds sont grevés, qu'ils doivent refuser tout délai pour le paiement, c'est encore à tous ceux dont les fonds menacent de l'être. Le peu de garantie morale que ces derniers pouvaient leur inspirer se trouve alors détruit. Notre Code de commerce l'avait tellement bien compris qu'il s'était efforcé, par une mesure équitable, de placer tous les créanciers à la faillite sur un pied d'égalité. C'est dans ce but qu'il avait fait rentrer le vendeur d'objets mobiliers (article 550, paragraphe 6, du Code du commerce) dans la masse chirographaire. Notre nantissement va directement à l'encontre de cette idée bienfaisante. Le privilège du vendeur du fonds, du vendeur de marchandises reste, il est vrai, occulte ; le nantissement est au contraire publié ; il suffit cependant que tout l'actif puisse passer aux mains d'un seul, et du plus hardi des créanciers, pour que la raison d'être de cette disposition continue à se justifier.

Lorsque le fonds d'un commerçant n'est pas encore grevé, un fournisseur quelconque a bien la ressource de se faire consentir sur lui un nantissement. Mais, si le montant des livraisons qui lui sont demandées n'atteint pas un chiffre important, si surtout la situation du débiteur ne semble pas très mauvaise, il n'osera pas réclamer de telles garanties. Au surplus, la constitution d'un nantissement pour chaque fourniture, la réalisation du gage, le cas échéant, apparaissent comme une complication et une gêne dans les relations commerciales et il ne convient pas à tous les fournisseurs, aux petits, en particulier, de s'en embarrasser.

Le nantissement de fonds de commerce, ainsi compris et si bien organisé qu'il soit, en rompant l'égalité des créanciers, coupe donc le crédit du débiteur. Il le met, en outre, à la merci du créancier, à qui il a eu l'imprudence de le consentir. Les seuls personnes, qui peuvent bénéficier de cette sûreté, sont le vendeur du fonds, un gros fournisseur de marchandises, ou un bailleur de fonds. Est-ce le vendeur ? Dès qu'il aura la certitude qu'il ne peut recouvrer la partie du prix restant due, il exproprierа le fonds et, après avoir déjà peut-être touché une bonne somme, il le rachètera pour un prix minime, qu'il conservera d'ailleurs par-devers lui jusqu'à due concurrence, au détriment des autres créanciers, faisant de cette façon passer dans sa caisse tout l'avoir de l'acheteur. Le nantissement de fonds de commerce devient de la sorte une source de gros bénéfices pour les marchands de fonds de commerce.

La situation du débiteur est plus désastreuse encore, si le bénéficiaire du nantissement est un fournisseur. C'est que le constituant ne peut plus s'adresser qu'à lui pour obtenir des marchandises : il n'en obtiendrait nulle part ailleurs. Il est alors, suivant les expressions énergiques de M. Raynaud, « son employé, sa chose (1) » ; il sera mis hors de son fonds quand il plaira à son maître, ou plutôt quand ce dernier le jugera utile à ses intérêts. Deux espèces, prises sur le vif, et que nous empruntons à

(1) Observations de M. Raynaud à la séance du 27 mars 1903 de la Société d'études législatives. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, p. 277.

M. Regnaud-Desroziers, vont montrer mieux encore toute la portée de ces remarques : « Un boulanger devant à tout le monde et ne trouvant pas de crédit, même pour un sac de farine, est allé trouver un meunier et lui a donné un nantissement en blanc, ce qui est un dol, un vol, qui ne profitera ni à l'un ni à l'autre... » — « J'ai vu, ajoute-t-il, comparaître devant moi à la Chambre syndicale, un malheureux boulanger qui avait traité avec ce même meunier, pour une quantité de farine représentant sa consommation pendant trois ans ; il était obligé d'en prendre telle quantité tous les mois à un prix trop élevé (1). »

Il est très rare (2), en fait, que le bénéficiaire d'un nantissement soit un bailleur de fonds. Cela doit tenir surtout à ce que les services des banquiers se paient généralement trop chers pour qu'on puisse songer à y recourir. En tous cas, il nous semble que même dans cette hypothèse, les résultats doivent être pour le débiteur, à peu de chose près, les mêmes.

Peut-on dire cependant que sa ruine, à brève échéance, soit la conséquence nécessaire et forcée de tout nantissement par lui consenti sur son fonds ? M. Raynaud, aux paroles duquel ses fonctions de président de la Chambre des syndics et liquidateurs

---

(1) Observations de M. Regnaud-Desroziers, président de la Chambre syndicale des grains de Paris, à la séance du 27 mars 1903 de la Société d'études législatives. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, p. 280.

(2) Cette hypothèse ne se présente pas, suivant M. Raynaud (mêmes observations). *Op. cit.* et *loc. cit.*, p. 278.

judiciaires de Paris, donnent une autorité toute particulière, affirme n'avoir jamais vu un constituant se libérer (1).

Restreignons encore si l'on veut la portée de ses déclarations aux seuls nantissements dont il a eu à connaître, il n'en résulte pas moins de la statistique, par lui dressée, dans ses observations sur la loi du 1er mars 1898, qu'en moyenne un tiers au moins des nantissements enregistrés à Paris, dont le chiffre va d'ailleurs s'accroissant d'année en année (2), donne lieu à l'expropriation du débiteur dans les douze mois qui suivent (3).

Le monde des affaires, le haut commerce et la grande industrie, sans trop en souffrir directement, en subissent le contre-coup et voient disparaître les heureux effets du régime de la libre concurrence. Aussi ne cessent-ils, depuis l'application de la loi du 1er mars 1898, de formuler contre elle ces divers reproches et de réclamer, en conséquence, sa modification ou même son abrogation pure et simple. La majorité des Chambres de commerce, qui ont eu à se prononcer sur ce point, se sont arrêtées à ce dernier parti (4).

---

(1) M. Raynaud. Mêmes observations. *Op. cit.*, p. 277.

(2) Raynaud. *Observations sur la loi du 1er mars 1898 : Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, nº 4, documents, p. 310-317. — Percerou. Rapport présenté au nom de la commission chargée de la préparation d'un projet de loi sur le nantissement de fonds de commerce. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, nº 3, p. 228.

(3) Raynaud. *Op. cit.* et *loc. cit.*

(4) Raynaud. *Op. cit.* et *loc. cit.* Voir dans le même sens les rapports de MM. Girard, de Toulouse, Perdriau, de Tours, Lignon, de Lyon, à la conférence des présidents des tribunaux de commerce, en 1899, réclamant « l'abrogation, ou ce que nous osons appeler la

Beaucoup cependant se contenteraient, mais très subsidiairement, d'une solution transactionnelle, qui aurait pour but d'exclure les marchandises du nantissement.

Ce système intermédiaire s'est fait jour dès 1899, mais alors il écartait du nantissement tous les éléments corporels du fonds, marchandises et matériel. M. Vindry disait, dès 1899 : « Nous demandons l'abrogation de la loi de 1898 et l'interdiction des nantissements sur les fonds de commerce, sauf le cas où le créancier nanti sera mis et restera, par lui ou par un tiers convenu, en possession de tous les éléments effectifs du fonds.

» Et si cette demande venait à être repoussée, nous demanderions subsidiairement que le fonds de commerce sur lequel le gage pourra seul s'exercer, comprenne l'enseigne, le nom, la clientèle et le droit au bail, à l'exclusion de tous les autres éléments, notamment de l'outillage, matériel, marchandises, qui ne pourraient dès lors être cédés en nantissement que par la prise et le maintien en possession des objets engagés (1). »

Le 31 août 1899, au rapport de M. Villard (2), la Chambre de commerce de Bourg adoptait les conclusions suivantes :

« I. — Que la loi du 1er mars 1898 soit modifiée

---

moralisation de la loi de 1898 ». (Rapport Authier précité.) — Dans le même sens : Rapport de M. Emile Lemouettre à la Chambre syndicale des grains, graines et farines de Paris. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, documents, p. 300-310.

(1) Rapport de M. Vindry à la Chambre de commerce de Lyon : *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, documents, p. 294-300, plus spécialement p. 299.

(2) Rapport Authier précité.

et que le nantissement de fonds de commerce ne puisse comprendre que la clientèle, l'achalandage, le droit au bail, les marques de fabrique et les brevets, mais que les marchandises et les créances restent exceptées.

» II. — Qu'une large publicité soit donnée aux actes de nantissement et que la publication en soit ordonnée comme pour les actes de société.

» III. — Que la dation en gage ne puisse être consentie à un créancier qu'autant que toutes les autres créances antérieures auront été préalablement sauvegardées et garanties. ».

Actuellement, les représentants des intérêts des commerçants se résigneraient, en général, assez facilement, semble-t-il, à accepter un nantissement d'où ne seraient écartées que les marchandises (1).

La commission de la Société d'études législatives, chargée par celle-ci de préparer un projet de loi, s'est ralliée aussi à cette solution, bien qu'elle ait rencontré dans son sein des adversaires convaincus du nantissement de fonds de commerce sans déplacement.

A dire vrai, exclure les marchandises du nantissement d'un fonds, n'est pas, pour employer l'expression même de M. Thaller, « une concession vaine (2) ».

---

(1) Rapport de M. Thuret à la Chambre de commerce de Tours. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, documents, p. 317-321. — Rapport de M. H. Decroix, précité. — En sens contraire : Rapport de M. Emile Lemouettre, précité.

(2) Observations de M. Thaller, à la séance du 27 mars 1903 de la Société d'études législatives. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, p. 283.

Elle semble devoir mettre d'accord tous les intérêts en présence, en constituant, en gage commun aux créanciers chirographaires, une masse de biens, souvent de valeur fort appréciable, et sur laquelle aucun droit de préférence ne pourra être réservé. Nous aurons, d'ailleurs, l'occasion de revenir sur cette idée en indiquant de quelle façon la loi du 1er mars 1898 devra être revisée. Mais, auparavant, il nous faut dire quelques mots des projets modificatifs de ce texte qui ont été déposés au Parlement.

CHAPITRE II.

Projets modificatifs de la loi du 1er mars 1898 et proposés au Parlement.

Cinq ans nous séparent de la promulgation de la loi du 1er mars 1898 et déjà deux projets modificatifs ont été déposés sur le bureau de la Chambre des députés. On ne peut s'en étonner quand on connaît les plaintes unanimes auxquelles elle a donné lieu de la part des intéressés.

Les premières imperfections de la loi constatées furent relatives aux détails de fonctionnement de la publicité : on n'avait pas encore eu le temps de se rendre compte qu'elle contenait des défauts encore plus graves.

M. Lebret, alors qu'il était ministre de la justice, déposait, le 25 février 1899, un projet de loi tendant à l'organisation de cette publicité. Dans l'exposé des

motifs, il est dit : « Pour que cette publicité produise un effet utile, il faut aujourd'hui l'organiser. Il convient de régler le mode d'inscription du nantissement, la péremption, la radiation ou la réduction de l'inscription, enfin de prévoir la délivrance, par le greffier chargé de la tenue du registre, d'états destinés à faire connaître les inscriptions qui grèvent un fonds de commerce ou d'un certificat constatant qu'il n'en existe aucune (1) ».

Le projet, qui s'inspirait des dispositions qui régissent sur ces diverses questions les hypothèques terrestres et maritimes, était ainsi conçu :

« Art. 1er. — Le privilège résultant de l'acte contenant une dation en nantissement de fonds de commerce s'établit par le seul fait de l'inscription prévue en l'article 2075, dernier alinéa, du Code civil, sans qu'il soit besoin d'aucune autre formalité.

» Art. 2. — Pour opérer l'inscription, il est représenté au greffier du tribunal de commerce, soit par le créancier lui-même, soit par un tiers, l'original enregistré du titre constitutif du nantissement, s'il est sous seing privé, ou reçu en brevet ou une expédition, s'il en existe minute.

» Il y est joint deux bordereaux, écrits sur papier timbré et signés par le requérant; l'un deux peut être porté sur l'original ou sur l'expédition du titre. Ils contiennent :

» 1° Les noms, prénoms, domiciles du créancier et du débiteur, et leur profession, s'ils en ont une ;

---

(1) *Journal officiel*, Chambre des députés, doc. parl., session ordinaire, 1899, annexe n° 759, p. 814.

» 2° La date et la nature du titre ;

» 3° Le montant du capital des créances exprimées dans le titre ou leur évaluation comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux et l'époque de leur exigibilité ;

» 4° Les nom et prénoms du propriétaire du fonds de commerce donné en nantissement, ainsi que l'indication de la nature et du siège de ce fonds de commerce, sans préjudice de toutes autres énonciations propres à le faire connaître.

» Art. 3. — Le greffier transcrit sur son registre le contenu des bordereaux et remet aux requérants tant le titre ou l'expédition du titre que l'un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription.

» Art. 4. — L'inscription conserve le privilège pendant cinq années à compter du jour de sa date ; son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai.

» Art. 5. — Les inscriptions sont rayées, soit du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, soit en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

» A défaut de jugement, la radiation totale ou partielle ne peut être opérée par le greffier que sur le dépôt d'un acte authentique de consentement à la radiation, donné par le créancier au cessionnaire justifiant de ses droits.

» Art. 6.— Lorsque la radiation, non consentie par le débiteur, est demandée par voie d'action principale, cette action est portée devant le tribunal de commerce du lieu où l'inscription a été prise.

» Art. 7.— La radiation est opérée au moyen d'une mention faite par le greffier en marge de l'inscription.

» Il en est délivré certificat aux parties qui le demandent.

» Art. 8. — Les greffiers des tribunaux de commerce sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent copie des inscriptions subsistantes ou certificat qu'il n'en existe aucune.

» Art. 9. — Dans aucun cas, les greffiers ne peuvent refuser ni retarder les inscriptions, ni la délivrance des états ou certificats requis.

» Art. 10. — Le droit d'inscription des créances garanties au moyen d'un nantissement de fonds de commerce est fixé à 0 fr. 50 pour 1,000 du capital de ces créances.

» Les actes de dépôts, récépissés, bordereaux, mentions, états et certificats faits ou délivrés, en exécution de la présente loi, ainsi que les réquisitions adressées au greffier en vertu de l'article 8, ne donnent lieu à aucun droit que le coût du papier timbré employé ; ils seront, le cas échéant, enregistrés gratis. Le registre des inscriptions tenu par le greffier, en exécution de l'article 3, sera en papier timbré.

» Art. 11. — Un décret, rendu dans la forme des règlements d'administration publique, déterminera les émoluments à allouer aux greffiers des tribunaux de commerce, ainsi que toutes les autres mesures d'exécution de la présente loi. »

L'article 1er de ce projet mettait fin à toute difficulté d'interprétation de la loi du 1er mars 1898 en décidant que l'inscription était une formalité néces-

saire, mais suffisante à la validité du nantissement à l'égard des tiers. Les articles suivants réglaient, d'une façon à peu près satisfaisante, le fonctionnement de cette publicité ; ils omettaient, pourtant, de déterminer les événements pouvant arrêter le cours des inscriptions et d'organiser une procédure de purge. Au surplus, ce projet maintenait intact le principe même de l'inscription sur un registre du greffe, que nous avons pu voir, en fait, si peu pratique pour les commerçants.

Mais il laissait sans solution tous ces problèmes si complexes relatifs à la détermination de la composition et de la nature juridique du fonds de commerce ; c'est assez dire qu'il n'était pas susceptible de supprimer toutes les difficultés juridiques, tous les inconvénients économiques, dont le nantissement de fonds de commerce peut être l'occasion ou la cause, faute de cette précision.

Ce projet n'aboutissant pas, les doléances si légitimes du commerce furent de nouveau portées au Parlement. Cette fois, le principe même du nantissement était mis en cause. Cependant, pour ne pas obliger le législateur à se déjuger, à si peu d'années d'intervalle, on n'osait pas lui demander une abrogation complète. M. Authier, s'inspirant donc des conclusions des rapports de MM. Vindry et Villard, tendant à restreindre le nantissement aux seuls éléments incorporels du fonds, déposait, le 13 février 1902, à la Chambre des députés, la proposition de loi suivante (1) :

---

(1) *Journal officiel*, Chambre des députés, doc. parl., session ordinaire, 1902, annexe n° 2977, p. 157.

« Article unique.— La loi du 1er mars 1898 est abrogée. La disposition qu'elle avait pour objet d'ajouter à l'article 2075 du Code civil est remplacée par les suivantes :

» I.— Dans tout nantissement d'un fonds de commerce, il devra être distingué entre l'élément incorporel comprenant la clientèle, l'achalandage, le droit au bail, les marques de fabrique, brevets, etc., etc., et l'élément corporel : marchandises, matériel, outillage, etc.

» Le nantissement de l'élément incorporel devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre, tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel un fonds est exploité. Un tableau portant, par ordre alphabétique, le nom et l'adresse des négociants ayant obtenu ladite inscription, sera placé, par les soins du greffier, à la porte du tribunal de commerce, à l'endroit réservé aux publications de même nature, et y restera affiché aussi longtemps que durera le nantissement.

» Les choses composant l'élément corporel ne pourront être données en gage que par le moyen de la dépossession effective telle qu'elle est prévue à l'article 2076 du Code civil.

» II. — Un décret, rendu dans la forme des règlements d'administration publique, déterminera les modes d'inscription et de radiation au greffe, les émoluments des greffiers, ainsi que toutes les autres mesures d'exécution de la présente loi. »

La septième législature a pris fin sans qu'aucune suite ait été donnée à ce nouveau projet. Pourtant

M. Authier qui tenait au triomphe de ses idées, l'a à nouveau déposé à la Chambre suivante, le 17 juin 1902 (1), sans, d'ailleurs, plus de succès.

Les résultats, qui seraient positivement consacrés par ce projet, répondraient-ils aux désirs du commerce? En excluant ainsi du nantissement le matériel, on enlève à bien des fonds une source abondante de crédit ; d'autre part, il nous semble d'autant plus arbitraire de l'en exclure que, à titre d'élément accessoire fixe du fonds, il paraît juridiquement devoir être grevé du droit réel qui porte sur le principal. La distinction faite par M. Authier n'a donc pas de base vraiment juridique.

Par contre, le mode de publicité préconisé par lui est plus efficace. Au fond, il est calqué sur celui inauguré par la loi de 1898 : il n'a pas la discrétion à laquelle on semblait tenir jusque-là ; mais il donne aux tiers de plus grandes facilités pour prendre connaissance des nantissements publiés.

Ce projet semblerait ainsi répondre, par certains côtés, à ce que l'on est en droit d'attendre d'une loi modificative. Toutefois, tel quel, il est encore bien incomplet ; il lui manque, avant tout, avec des dispositions plus précises sur le fonctionnement de la publicité, la définition légale du fonds de commerce et la détermination de sa nature juridique, préalables forcés d'une bonne organisation de la mise en gage de cette sorte de biens.

En somme, ces deux projets modificatifs ne

---

(1) *Journal officiel*, Chambre des députés, doc. parl., session ordinaire, 1902, annexe n° 85, p. 545.

paraissent répondre qu'insuffisamment aux espérances que l'on fonde sur un texte nouveau. Aussi n'y insisterons-nous pas davantage, nous réservant d'indiquer, au chapitre suivant, dans quel sens, selon nous, devra être dirigée la réformation de la loi du 1er mars 1898.

CHAPITRE III.

Réformes à proposer à la loi du 1er mars 1898.

Si les conclusions des travaux de la Société d'études législatives sur la question étaient aujourd'hui acquises, nous en substituerions de préférence ici le compte rendu à une recherche personnelle, sauf à donner sur elles notre appréciation. Mais, bien que le rapport de la commission, spécialement chargée par cette compagnie de jurisconsultes éminents d'élaborer les propositions qui devront lui être soumises, ait été déjà déposé et publié (1), la discussion, à laquelle doivent donner lieu les résolutions qui l'accompagnent, est à peine commencée, et n'a encore

(1) Rapport de M. Percerou, professeur à la Faculté de Droit de Dijon. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, nº 3, p. 218-266.

donné aucun résultat (1). Nous ne pouvons donc nous arrêter à cette idée.

On excusera cependant notre témérité, en pensant que nous devons trouver dans les desiderata des organes corporatifs représentant les intérêts du commerce et dans l'excellent rapport de M. Percerou, des guides expérimentés et sûrs.

Le problème qu'il importe de résoudre au seuil de cette étude, le plus important peut-être en la matière, est celui-ci : *Convient-il que le législateur permette de donner un fonds de commerce en nantissement?* La question est embarrassante.

En présence des objections très sérieuses que soulève l'emploi de ce nantissement, des inconvénients économiques qui en sont la conséquence, du discrédit enfin dans lequel il tombe de plus en plus dans les hautes sphères commerciales, on est fortement tenté, avec M. Percerou (2), de répondre négativement. On se fortifie encore dans cette conviction pour peu que l'on interroge le passé d'une part, les législations étrangères de l'autre.

L'histoire tout d'abord, et à elle seule, nous indique assez que le commerce ne peut se développer, ni même normalement s'exercer, quand la confiance réciproque des commerçants n'existe plus.

Si l'on consulte ensuite les recueils de textes

---

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, p. 267-287.

(2) Observations de M. Percerou, à la séance du 27 mars 1903 de la Société d'études législatives. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, p. 270-272. — M. Percerou paraît, sur ce point, avoir une opinion différente de celle de la majorité des membres de la commission dont il a été rapporteur.

étrangers, on ne trouve nulle part, même parmi les nations les plus commerçantes, l'équivalent de notre nantissement de fonds de commerce. On l'ignore en Belgique, en Italie, en Suisse où la théorie du gage sans déplacement est pourtant mise plus largement à contribution que chez nous, en Allemagne même où l'on rencontre la plus moderne des législations.

Le *mortgage* mobilier, *aliàs* l'hypothèque mobilière, est, il est vrai, admis en Angleterre, mais il ne confère aucun privilège au créancier, qui en bénéficie en cas de faillite. On constate bien, dans la législation de ce dernier pays, l'existence d'une institution spéciale, la *floating charge,* qui présente de lointaines analogies avec lui; mais de profondes différences séparent ces deux sortes de sûretés. La *floating charge,* autrement dit charge flottante, charge qui ne se fixe qu'au jour, de son exercice, est une garantie offerte à une catégorie spéciale de personnes, aux obligataires des sociétés commerciales, sur tous les biens mobiliers et immobiliers de ces sociétés: notre nantissement de fonds de commerce peut être consenti aux moindres créanciers, pour prendre rang du jour sinon de sa constitution, au moins de sa publicité, et gêner toute une exploitation, pour une somme minime. D'un côté, on a un contrat très souple, qui sauvegarde les intérêts des constituants et des bénéficiaires, des constituants d'abord, qui restent libres d'affecter spécialement leurs biens, avec un rang de privilège au moins égal, des bénéficiaires ensuite, qui, néanmoins, conservent tous leurs avantages et qui, avertis des constitutions de ces droits d'affectation spéciaux, peuvent y mettre un terme, dès que leurs

intérêts sont en danger ; de l'autre, un acte rigide qui sacrifie les uns au dépens des autres. La première est un moyen de crédit réservé aux grands commerçants, aux industries importantes, qui n'entrave pas les petites transactions, ne permet pas les fraudes et n'effraye pas les tiers ; le second a des effets directement contraires.

On s'en persuadera encore davantage en se reportant aux quelques détails que nous donnerons sur la *floating charge*, dans l'appendice réservé, à la fin de ce travail, à un examen plus complet du droit comparé sur la matière (1).

Malgré la force de ces arguments, il semble difficile, « sous le régime économique actuel, de refuser à un débiteur dont le fonds de commerce constitue une part importante des biens, le droit d'en disposer, comme de tous les éléments de sa fortune, au mieux de ses intérêts (2) ». Pourquoi, notamment, lui interdire de l'hypothéquer, puisque aucun principe juridique ne s'y oppose ? C'est, en effet, un des biens meubles pour lesquels le législateur peut, le plus facilement, écarter les raisons de la prohibition de l'article 2119 du Code civil. Pourquoi, surtout, vouloir prohiber ce nantissement, quand le petit commerce paraît en avoir un besoin si urgent (3) ?

---

(1) Nous rejetons cet examen en appendice à la fin de ce travail pour ne pas embarrasser cette discussion, puisque aussi bien il aboutit aux résultats négatifs que nous venons de mentionner.

(2) Rapport Millerand, précité.

(3) Observations de M. André Dolbeau, à la séance du 27 mars 1903 de la Société d'études législatives. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, p. 284. — Voir aussi les déclarations de M. Millerand et des représentants du petit commerce, des débitants

Cette institution est, dira-t-on, nuisible aux intérêts supérieurs du commerce. Si importante et si exacte que soit cette considération, elle n'est cependant pas assez juridique pour permettre de l'écarter de parti pris. Tout au plus peut-on en conclure que l'organisation d'un bon régime de nantissement de ce genre de biens comporte la conciliation de ces principes avec les besoins du commerce. Cette conciliation est-elle possible? Là est le nœud de la difficulté. Beaucoup pensent qu'elle serait réalisée si l'on soustrayait les marchandises au nantissement (1). Certains estiment cette mesure insuffisante et ne lui attribuent cette efficacité, que si elle est complétée par une autre consistant à faire passer les créanciers chirographaires, antérieurs au nantissement, avant le créancier nanti (2).

Sans nous attarder plus longtemps aux divers moyens qu'il serait possible d'imaginer encore pour arriver à ce but (3), il nous paraît que l'exclusion

---

de vin notamment, à la séance de la Société d'études législatives du 6 mai 1903, déclarations qui sont loin d'être d'accord avec les allégations pessimistes de M. Regnaud-Desroziers à la séance précédente du 27 mars 1903. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 5.

(1) Telles sont les conclusions du rapport de M. Percerou sur ce point.

(2) Rapport de M. Villard. Voir *supra*, p. 235.

(3) On pourrait, par exemple, songer à augmenter la durée de l'exercice du privilège du vendeur de marchandises, ou même encore, en s'inspirant de cette idée que les fournisseurs de marchandises entretiennent l'exploitation et conservent le gage commun ou la sûreté spécialement affectée à certains créanciers, décider qu'ils jouiront d'un privilège, ou bien sur la totalité du fonds, ou bien seulement sur les marchandises qu'ils ont livrées et qui ont permis la continuation du commerce, soit jusqu'à concurrence de leur dernière livraison, soit dans certaines limites que les nécessités du commerce permettraient de déterminer.

des marchandises de l'objet du nantissement est capable de l'atteindre et qu'il y a lieu de s'y tenir provisoirement au moins. L'expérience, il est vrai, peut seule répondre d'une façon précise ; mais, en décidant que les créanciers chirographaires, antérieurs au nantissement, devront être préférés au créancier nanti ou venir avec lui sur un pied d'égalité, on risquerait de rendre inutilisable le nantissement de fonds de commerce (1).

Si cette conciliation est réalisable, il serait d'autant moins sensé de se prononcer catégoriquement pour l'abrogation de la loi du 1er mars 1898, que l'essai, fait avec une institution aussi mal conçue et mal organisée que celle-ci l'est actuellement, ne peut pas être concluant.

Enfin, il est une considération qui a ici son importance : le nantissement de fonds de commerce est entré aujourd'hui dans nos mœurs commerciales ; il ne serait pas prudent de l'en faire sortir brutalement, sans avoir cherché à en tirer tout ce qu'il peut donner.

Nous pensons, en conséquence, que le législateur devra admettre, en principe, le nantissement de fonds de commerce sans déplacement. Telle est aussi, sur cette première question, la conclusion du rapport de M. Percerou à la Société d'études législatives.

Cette solution une fois admise, la loi nouvelle aura à déterminer l'objet de ce nantissement, les conditions de sa constitution et la publicité à laquelle il devra être soumis, puis les effets qu'il

(1) Voir en ce sens le rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 229.

devra produire. Toutefois, il nous semble qu'elle ne peut arriver, sur ces divers points, à des résultats satisfaisants, sans fixer, au préalable, la composition et la nature juridique du fonds de commerce, sans prendre parti sur le véritable caractère du gage sans déplacement, et sans régler, dans tous ses détails, la publicité des droits réels sur les fonds de commerce.

La détermination de l'objet du nantissement nous paraît subordonnée, en effet, à la précision de la notion juridique de fonds de commerce. M. Thézard, dans son rapport au Sénat que nous avons si souvent cité plus haut, disait « qu'il fallait constituer une substance, une individualité juridique à cette valeur qu'on nomme fonds de commerce », et il comptait fermement que le texte, qu'il défendait, réalisait ce résultat. Nous avons montré quelle illusion était la sienne. Or, si la loi nouvelle se contentait de décréter simplement, et sans autre motif que l'intérêt général, l'exclusion des marchandises de l'objet du nantissement, elle n'aurait pas pour autant déterminé cet objet. A moins d'énumérer, suivant ce procédé vicieux et inacceptable, si souvent employé dans les définitions du fonds de commerce, quels éléments resteraient susceptibles d'être incorporés de plein droit dans le nantissement, la porte resterait ouverte à toutes les difficultés, qui, réserve faite des marchandises, surgissent dès qu'il s'agit de déterminer son étendue, sous l'empire de la loi actuelle.

En second lieu, le gage sans déplacement n'est qu'une hypothèque: laisser subsister un doute sur la nature de cette sûreté, c'est permettre à certaines

des controverses, aujourd'hui soutenues, à propos de la constitution ou des effets du nantissement de fonds de commerce, de se perpétuer, en profitant de la moindre imperfection des textes futurs.

Enfin, ce nantissement ne peut être réellement utile et avantageux au commerce que s'il est l'objet d'une publicité complète. Et la publicité du gage sans déplacement des fonds de commerce, pas plus que la publicité des hypothèques sur les immeubles, n'est pas parfaite sans une publicité des transmissions de ces fonds.

La commission spéciale de la Société d'études législatives n'a pas jugé à propos de donner à ses recherches toute cette amplitude (1) ; nous croyons, cependant, que ces questions devront tenir une place importante dans les préoccupations du législateur futur du texte rectificatif de la loi du 1er mars 1898.

Comment tout d'abord la loi à venir constituera-t-elle la substance du fonds ? La notion absolue de fonds de commerce est incompatible avec l'idée de nantissement. Le fonds ainsi compris est, en effet, le type le plus pur de l'universalité juridique. Or, les valeurs ou les sommes de valeurs positives sont seules susceptibles d'être utilement l'objet de sûretés. Cette conception ne s'harmoniserait pas facilement, au surplus, avec nos usages, d'après lesquels le fonds est chose beaucoup moins complexe. Elle ne

(1) Elle convient pourtant de la nécessité d'organiser la publicité des cessions de fonds de commerce en même temps que celle de leurs nantissements. (Rapport de M. Percerou, *loc. cit.*, p. 250).

cadrerait pas davantage avec les règles générales qui, chez nous, régissent les faillites; ces règles supposent, en effet, que les valeurs actives, qui contribuent à l'exercice d'un commerce ou en sont les conséquences, peuvent se joindre à ce qui appartient au commerçant à un tout autre titre pour constituer son actif. Ainsi, le fonds de commerce ne doit être qu'un élément actif de la fortune du commerçant. Par suite, il faut en exclure les dettes créées à l'occasion de ce commerce. Si l'on en excepte les dettes commerciales, il n'y a pas de raison d'y comprendre les créances de même nature, dont l'existence se conçoit parfaitement à côté de lui et qui ne sont en aucune façon nécessaires à l'exploitation à laquelle il correspond.

La loi future ne pourra donc s'arrêter qu'à une notion toute relative du fonds de commerce. Nous inspirant des idées exposées dès le début de ce travail, et sur lesquelles il est inutile de revenir, nous estimons qu'elle devra en fixer la composition comme nous l'avons déterminée nous-même. Elle n'y comprendra pas, par conséquent, les immeubles où le fonds est exploité et quand ils appartiennent au même propriétaire, mais seulement le droit de les occuper à bail ; elle en écartera également le matériel et les marchandises attachés à son exploitation, les réduisant à ce qu'ils sont, en réalité, des accessoires.

A cet ensemble, formé des seules valeurs incorporelles mobilières qui contribuent à l'exercice du fonds de commerce, elle attribuera une existence distincte de celle de chacune de ces valeurs. Ce concept bien voisin de celui de la jurisprudence, faisant du fonds

de commerce un objet direct de droits, fournirait, selon nous, au commerce un instrument de crédit comme celui qu'il paraît rêver. Supposons, en effet, l'hypothèque constituée sur un fonds ainsi composé; elle portéra sur l'entité formée des éléments essentiels et principaux du fonds; elle atteindra aussi les valeurs accessoires, bien qu'elles n'en fassent pas partie intégrante, mais en tant seulement qu'elles participent au caractère de stabilité du fonds proprement dit. C'est ce qui se passe notamment en matière d'hypothèque immobilière. Le droit du créancier hypothécaire porte sur l'immeuble grevé comme aussi sur les accessoires : les meubles, attachés à demeure dans l'immeuble et dits, pour ce motif, immeubles par destination. Il affecte ces derniers, parce que la fixité qui leur est attribuée, suivant la volonté du propriétaire, et qui dure autant que cette volonté, permet de les assimiler aux immeubles et facilite l'application du principe formulé par le brocard : *Accessorium sequitur principale.* Ici, les machines, l'outillage, le matériel, tant qu'ils serviront à l'exercice du commerce, devront être considérés comme attachés au fonds par la volonté du propriétaire. Ils emprunteront ainsi au fonds son assiette; ce qui leur permettra d'être susceptibles d'hypothèque. Il convient donc de décider, pour des motifs semblables, et par suite de l'analogie de situation, que l'hypothèque du fonds grèvera aussi cette catégorie d'accessoires, dans la mesure où il n'y sera pas fait échec par les conventions des parties, qui doivent rester libres de fixer l'objet du nantissement dans des limites plus restreintes.

Il n'en sera pas de même pour les marchandises, qui sont une autre variété d'accessoires. Le fonds de commerce est, en effet, une sorte d'instrument de travail, dans lequel les marchandises ne font que passer. Les marchandises ne reçoivent pas de ce fonds le caractère de fixité dont il jouit et qui se communique au matériel du consentement du commerçant titulaire; car le commerçant achète des marchandises, les dépose dans son fonds, mais, provisoirement, avec la volonté bien arrêtée de s'en dessaisir et de ne pas les immobiliser. Il est donc impossible d'invoquer ici les raisons qui autorisent à décider que le matériel doit être grevé du même droit dont est grevé le fonds, tant au moins que le propriétaire l'y laisse attaché.

On pourrait dire, il est vrai, qu'un fonds de commerce comprend toujours, et à tout moment de son existence, une certaine quantité de marchandises; qu'il ne faut donc pas envisager isolément chacune des marchandises, mais le bloc qu'elles forment, et qui continue à subsister indépendamment du renouvellement ou de la transformation dont elles peuvent être l'objet. C'était là le point de vue du droit romain, quand il décidait qu'un ensemble de marchandises, une *taberna* pouvait être hypothéquée. Il n'est pas pris chez nous en considération. Au surplus, il ne paraît pas qu'il y ait lieu de l'imposer. Que l'on envisage un ensemble de marchandises *in globo* ou comme une somme de valeurs, qu'importe ! Le résultat pratique n'est-il pas le même ? La sûreté, même simplement le droit de préférence ou le privilège, qui pourrait être constitué sur elles, sans

dépossession du débiteur, est aussi instable, aussi peu efficace par elle-même ou par lui-même, et l'occasion d'autant de fraudes dans le premier que dans le second cas.

Les marchandises se retrouveront ainsi placées sous l'empire du droit commun de l'article 2119, et non susceptibles de nantissement sans dépossession. Comme conséquence, une clause, même expresse, ne pourrait les y comprendre. Si le propriétaire veut les donner en gage, il sera tenu de les mettre en la possession de son créancier ou d'un tiers convenu.

Telles sont aussi les résolutions auxquelles s'est arrêtée la commission spéciale de la Société d'études législatives, en ce qui concerne l'objet du nantissement (1). Mais elle a été conduite à les formuler en ce sens par des considérations d'un autre ordre qui, d'ailleurs, viennent à l'appui de celles que nous invoquons. Elle a commencé par se reporter à la notion la plus courante du fonds de commerce et s'est demandée, pour chacun des éléments qui y sont rattachés à des titres divers, s'il convenait de les englober dans le nantissement. Elle n'a vu d'objection que pour les marchandises. Ne convient-il pas, en effet, de laisser « quelque crédit au débiteur et quelque gage aux créanciers chirographaires (2) », si l'on ne veut pas faire du nantissement une institution désastreuse pour le commerce en général. Certains membres de cette commission étaient d'avis de réserver aux parties de les y comprendre par une clause expresse, en

(1) Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 234-236.
(2) *Ibidem*, p. 233.

se basant sur ce qu'il serait impossible, au cas contraire, de donner en nantissement, d'une façon utile, un fonds dont elles seraient l'élément principal en valeur. Cependant ils n'ont pu faire accepter leur idée, qui, en réalité, rouvrirait la porte aux abus que l'on cherche à empêcher : aucune concession même n'a été faite à cette motion (1).

Cette seconde difficulté résolue, arrivons aux questions intéressant l'établissement d'un nantissement de ce genre sur un fonds de commerce.

Tout d'abord, quelles devront en être les sources ? Le nantissement légal, malgré tout l'intérêt que présente la protection des incapables, nous semble devoir être écarté pour ne pas alourdir encore davantage la circulation des fonds de commerce, et surtout ne pas gêner outre mesure les transactions commerciales. On ne le fera donc résulter que de la convention.

Mais à quelles conditions faudra-t-il alors subordonner la validité de ce nantissement à l'égard des tiers ? Cette sorte de sûreté, n'étant plus tenue pour un gage, mais pour ce qu'elle est en réalité, c'est-à-dire une hypothèque, ne devra plus, selon nous, être subordonnée à la dépossession, même symbolique, du débiteur. La remise au créancier nanti du titre d'acquisition du fonds et du bail du magasin, comme aussi la signification au bailleur de l'acte de nantissement, n'aura donc plus de raison d'être dans la constitu-

(1) Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 235.

tion de cette sûreté. La commission spéciale de la Société d'études législatives avait cependant pensé un instant à maintenir ces conditions, la première pour permettre au créancier d'établir « l'origine de propriété du fonds » et de « dresser régulièrement le cahier des charges (1) », la seconde pour éviter au bailleur, particulièrement intéressé à connaître le nantissement, de se reporter aux registres du greffe (2). Ces raisons lui ont justement, d'après nous, paru insuffisantes pour motiver pareille complication dans la constitution du nantissement de fonds de commerce (3). La commission s'en est donc tenue à la publicité du nantissement, décidant, avec la loi de 1898, comme nous le ferons également nous-même, qu'elle doit suffire à rendre ce contrat opposable aux tiers, créanciers chirographaires antérieurs ou postérieurs au nantissement, acquéreurs ou propriétaires de droits réels sur le fonds de commerce qui en est l'objet.

Conviendra-t-il de dresser un acte écrit, sujet à l'enregistrement, pour en conserver la preuve ? D'après l'article 109 du Code de commerce, la preuve des actes de commerce s'établit par tous moyens. En matière civile, la preuve des conventions dont l'objet a une valeur supérieure à 150 francs, ne peut s'établir que par écrit. Il paraît donc naturel de s'en référer à ces dispositions.

Cependant l'acte de nantissement est assez impor-

---

(1) Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 237.
(2) *Ibidem*, p. 238.
(3) *Ibidem*, p. 238.

tant pour qu'on soit fondé à en exiger la constatation par écrit. Cette précaution est, en outre, de nature à donner moins de prise aux litiges, en fixant, sans ambiguïté, les conditions de ce nantissement. Enfin une autre raison l'exige. Le créancier nanti jouit d'un droit de suite ; pour la sécurité des transactions et dans l'intérêt général du commerce, il importe de publier le nantissement. Or, il convient de mettre à l'abri d'instances en responsabilités non justifiées les personnes chargées de tenir les registres de publicité. Pour cela, il faut leur donner le droit d'exiger des requérants un acte écrit et enregistré qu'ils puissent au besoin invoquer pour justifier de leur bonne foi, ainsi que de l'accomplissement consciencieux de leur mission.

A un point de vue absolu, il serait peut-être préférable d'exiger que le nantissement soit constaté par acte authentique ; mais on ne peut, en notre matière, aller jusque-là, la rédaction d'un acte notarié étant incompatible avec les besoins et les usages du commerce.

En somme, le consentement d'une part, l'écrit et la publicité de l'autre, telles devront être les conditions essentielles de constitution de ce nantissement.

Un point reste à régler. En quoi devra consister cette publicité, comment conviendra-t-il de l'organiser?

Remarquons, avant tout, que cette publicité doit avoir pour but de prévenir les tiers de l'existence des nantissements constitués sur un fonds, non seulement du chef du titulaire actuel, mais encore du chef de ses prédécesseurs, et, par conséquent, de leur permettre d'en remonter toute la série. Il ne suffit

pas, comme dit M. Vidal, de constituer « un régime, si ingénieux soit-il, permettant à un propriétaire de faire argent de son bien sans l'aliéner et sans en perdre la possession, mais il faut encore, pour que les intentions du législateur ne soient pas vaines, que l'emprunteur puisse démontrer, d'une façon absolument certaine, qu'il est propriétaire du bien qu'il engage et que sa possession apparente correspond à la réalité de son droit de propriété (1) ». Or, ces résultats ne peuvent être atteints que si, à la publicité des nantissements de fonds de commerce, on joint la publicité de leur cession (2), qui n'existe pas en France. L'usage s'est bien fixé d'annoncer dans les journaux locaux les transmissions de fonds, en donnant aux tiers intéressés un délai pour faire opposition sur le prix. Seulement, ce n'est là qu'un usage, le plus souvent non obligatoire, en tout cas sans effet légal.

Telle avait été un instant la pensée du législateur de 1898. « La publicité des actes de cession de fonds de commerce, aussi bien que celle des actes de nantissement, eût été assurément désirable », dit M. Thézard, dans son rapport au Sénat. Seulement, il ajoute : « Mais il ne nous a pas semblé que cette extension de la portée de la loi pût être immédiatement abordée... La question peut, en effet, présenter de multiples aspects, qu'il y aurait lieu d'examiner d'une façon approfondie, et nous aurions craint de

(1) Vidal. *Publicité des droits réels sur les meubles*, thèse de Montpellier, 1900, p. 138.

(2) Magnin. *Op. cit. : Annales de Droit commercial*, 1900, parag. 19, p. 39.

retarder par là le vote d'une réforme vivement désirée par le commerce des villes. »

L'un des plus grands obstacles, auxquels on se heurtait alors, auquel on se heurte encore aujourd'hui, puisque le problème a été éludé, était l'individualisation du fonds. Le nom sous lequel on connaît un fonds, et à défaut d'autres désignations, le lieu où il est exploité, peuvent varier. En fait, le nom commercial d'un établissement, en l'absence d'enseigne, change fréquemment. Au bout d'un certain nombre d'années, quand la désignation ancienne ne rappelle rien ou peu de choses aux clients actuels, et quand, surtout, le nouveau propriétaire s'est suffisamment imposé à son public, il substitue son propre nom à celui des propriétaires antérieurs sous lequel l'établissement était jusque-là connu. Bien souvent même, la substitution se fait à la transmission du fonds.

Si la loi néglige d'imposer un mode de reconnaître un fonds à un moment quelconque de ses diverses transformations, il arrivera que des inscriptions, quoique portant sur une seule et même chose, soient faites sous des noms différents et ne parviennent pas, le temps et le grand nombre des synonymes aidant, à la connaissance des intéressés. L'exigence de l'origine de propriété dans des actes écrits ne permettrait, d'ailleurs, de réaliser cette individualisation que très indirectement et très imparfaitement (1) : de telles déclarations, pouvant être sujettes à beau-

(1) Magnin. *Op. cit. : Annales de Droit commercial,* 1900, parag. 17, p. 35.

coup d'inexactitudes, obligeraient à des recherches sans fin. Pour nous, la loi n'y pourra arriver qu'en imposant l'immatriculation des fonds sur un registre *ad hoc*. M. Vidal propose l'acclimatation, en France, des livres de commerce, utilisés en Allemagne et en Suisse. Ce système nous paraît être en germe dans le régime de publicité imaginé par la loi du 1er mars 1898. Il y aurait peu de chose à faire pour qu'il fonctionne aussi chez nous.

La nécessité de la publicité légale des mutations de fonds de commerce devient, d'ailleurs, d'autant plus impérieuse que la possibilité de constituer sur eux des nantissements sans déplacement appelle la faculté de les en purger. Or, cette purge exige presque essentiellement cette formalité préalable (1).

Le moyen de réaliser cette publicité, qui paraît tout indiqué, est l'inscription de ces divers actes sur un registre spécial. La loi nouvelle fera bien, à notre avis, d'en laisser la garde aux greffiers des tribunaux de commerce.

Les greffes de ces tribunaux sont déjà indiqués comme dépôt des actes qui intéressent les tiers. « C'est déjà un des lieux ou doivent être déposés, pour être à la disposition du public, les actes constitutifs de société et les pièces annexes (2). » Géné-

---

(1) La publicité des ventes de fonds de commerce aurait, en outre, l'avantage de permettre la conservation du privilège du vendeur et de légitimer le maintien de son action résolutoire vis-à-vis des acquéreurs postérieurs de bonne foi, action qu'on tend cependant à lui accorder actuellement. (Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 246, note 1. — Paris, 22 mai 1901, déjà cité, P. 21, et dans D. P. 1903. 2. 97. avec note de M. Percerou.)

(2) Rapport de M. Thézard, précité.

ralement situés dans les agglomérations commerciales, ils sont plus à la portée des commerçants que tout autre bureau, puisqu'ils sont installés au siège du tribunal de commerce lui-même, qu'ils fréquentent tous ordinairement, et dont ils connaissent le chemin. On peut objecter que la responsabilité qu'ils encourent pour cette nouvelle mission, n'est pas garantie, puisque le cautionnement, auquel ils sont assujettis, n'a pas cette destination, comme celui des conservateurs d'hypothèques. Rien n'est plus simple que de leur imposer cette obligation.

Le mode de publicité par une inscription sur un registre spécial, dont les tiers ne peuvent pas prendre connaissance sans déplacement, a été critiqué, non sans motif, par M. Authier, qui le considère comme incompatible avec les nécessités du commerce.

Il avait cependant été préféré, en 1898, à la publicité par trop indiscrète par la voie de la presse. La publicité par des annonces dans des journaux judiciaires est, d'ailleurs, toute relative; forcément limitée à une région déterminée, elle n'existe pas ailleurs. De plus, elle ne produit qu'un effet passager: le jour où il y est procédé, elle échappe à bien des yeux indifférents et, dans la suite, il est difficile d'en découvrir la trace.

Peut-être ne serait-il pas mauvais de combiner ces deux procédés. L'idée de discrétion, dans la publicité des nantissements de fonds de commerce, paraît avoir fait son temps. « On publie ou on ne publie pas (1). » Nous n'irons pas cependant

(1) Observations de M. Percerou, à la séance du 27 mars 1903 de la Société d'études législatives, 1903, n° 4, p. 271.

jusqu'à dire qu'il faut, en quelque sorte, clouer au pilori les noms des commerçants qui ont donné leur fonds en nantissement, en les affichant, ainsi que le demande le dernier projet de loi, dans la salle du tribunal de commerce ; mais nous pensons que, tout en continuant d'exiger l'inscription des droits réels de toute espèce, pouvant affecter un fonds de commerce, au greffe du tribunal de commerce, il faut encore en prescrire l'insertion dans un journal spécial, unique pour la France ou pour la région, et paraissant à intervalles périodiques (1). Les fournisseurs, les véritables intéressés, pourront s'y abonner, avoir ainsi, sous la main, les renseignements dont ils ont besoin et les conserver même, s'ils le jugent à propos. En cas de doute ou de perte de ces renseignements, ils auront encore la faculté de recourir à la voie plus longue et plus coûteuse, mais toujours sûre, du greffe du tribunal de commerce, dans le ressort duquel le fonds est situé. On parerait ainsi aux imperfections de la publicité par la voie de la presse, sans nuire à la rapidité des transactions commerciales.

Ce n'est pas tout de fixer le mode de publicité d'un acte juridique qui intéresse les tiers, il faut encore régler le fonctionnement de cette publicité. Aussi incombera-t-il encore à la loi nouvelle de déterminer les conditions de la prise et de la radia-

---

(1) La commission spéciale de la Société d'études législatives est d'avis qu'il y a lieu de maintenir le principe de publicité, consacré par la loi du 1er mars 1898, et de rejeter le mode de publicité par voie d'annonces dans des journaux. (Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 239.)

tion de l'inscription, la durée de sa péremption, la procédure de purge des nantissements de fonds de commerce, toutes les circonstances qui arrêteront le cours des inscriptions et enfin, sous quelle forme il pourra être pris connaissance par le public du contenu du registre.

Rien ne s'oppose à ce que le législateur futur s'en réfère, en principe, sur tout ce qui touche de près ou de loin à cette publicité, aux règles admises par notre Code civil, à propos des inscriptions d'hypothèques sur des immeubles (1). Toutes les raisons qui les ont fait édicter se retrouvent ici en matière de nantissement. Pourtant, il devra y apporter quelques dérogations tenant à certaines particularités du régime à attribuer aux nantissements de fonds de commerce, ou bien encore à ce que certaines dispositions intéressant les inscriptions hypothécaires sur les immeubles se justifient assez mal.

I. — Il ne peut imposer la constatation de ces nantissements par actes authentiques ; dans le but d'éviter des fraudes et pour la sécurité des détenteurs des registres de publicité, il fera donc bien d'exiger qu'un exemplaire de l'acte sous seing privé, établissant la preuve du nantissement, soit fourni au greffier pour être par lui conservé.

II. — L'exigence dans les bordereaux d'inscriptions hypothécaires d'une élection de domicile, à peine de nullité, est une exagération ; il la supprimera dans la liste des mentions devant figurer aux bordereaux

(1) Même solution au rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 240.

d'inscription de nantissement sous la même condition.

III. — Pour éviter d'autres fraudes, qui auraient pour but de retarder le plus possible la divulgation de l'existence d'un nantissement, il ne donnera aux créanciers nantis qu'un délai restreint pour faire apparaître valablement leurs droits au regard des tiers.

IV. — La mort du débiteur, suivie de l'acceptation bénéficiaire de sa succession, se justifie assez mal comme événement arrêtant le cours des inscriptions; il l'excluera de la série des circonstances susceptibles d'arrêter la prise des inscriptions de nantissement.

V. — Par contre, il y ajoutera la demande en autorisation de vendre le fonds. L'article 678 du Code de procédure civile décide, en effet, très logiquement, le débiteur se trouvant désormais dépossédé, que le procès-verbal de saisie immobilière arrête le cours des inscriptions dès sa transcription. La réalisation du gage ne doit pas, comme nous le verrons, comporter de saisie ; cependant, il semble naturel d'attribuer la même vertu à l'acte de cette procédure enlevant tout droit de disposition au débiteur, et par conséquent de le publier. Les effets du jugement ordonnant la vente devant être reportés au jour de la demande, c'est donc cette demande qui aura à jouer ce rôle au procès-verbal de saisie immobilière.

VI. — De plus, le nantissement de fonds de commerce est le plus ordinairement un acte commercial ;

il fixera à cinq ans la durée de la péremption de son inscription, en tenant compte de ce que les prescriptions de cinq ans sont en faveur en matière commerciale (articles 69 et 189 du Code de commerce et 10 de la loi du 24 juillet 1867) (1).

VII. — La connaissance de l'établissement d'un droit réel accessoire sur un fonds de commerce intéresse surtout les commerçants ; il facilitera donc les communications directes des registres de publicité à ceux qui justifieront d'un intérêt suffisant, sans pour autant autoriser les indiscrétions, et en laissant à quiconque le droit de requérir soit un état d'inscription, soit un certificat négatif (2).

Une disposition particulière sera consacrée à la publicité des transmissions de la créance et du nantissement qui la garantit, surtout du nantissement isolé de la créance. Quelle que soit la forme du titre qui constatera une transmission de ce genre, qu'il soit nominatif, à ordre ou au porteur, il importera, suivant nous, de prescrire l'inscription de la première transmission pour empêcher le titulaire originaire de ces droits, d'en requérir la radiation au détriment des titulaires postérieurs.

Rien ne semble s'opposer, en effet, à ce que, tenant

---

(1) Sur tous ces points, voir dans le même sens, en principe, le rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 240, 242, 243, 244 et 248, texte et notes.

(2) La commission de la Société d'études législatives a rejeté la communication directe ; mais à côté des certificats détaillés, elle est d'avis de permettre aux greffiers de donner des certificats constatant seulement que le fonds est en gage. Tous ces systèmes pourraient être d'ailleurs combinés sans grand inconvénient. (Rapport de M. Percerou. *Loc.cit.*, p. 241.)

compte de la nécessité de n'apporter aucune entrave à la liberté des conventions, surtout en matière commerciale, et de faciliter la circulation de semblables droits, la loi nouvelle, à l'exemple de la jurisprudence qui permet de donner aux obligations hypothécaires la forme à ordre ou au porteur, n'admette, tout au moins tacitement, la possibilité de leur constatation dans ces diverses formes et de leur transmission, par voie d'endossement ou de tradition.

L'extension à notre matière de tous les principes qui président à la publicité hypothécaire, entraînera notamment la possibilité d'obtenir la radiation des inscriptions de nantissements dans des formes identiques à celles prescrites par les articles 2157 et suivants du Code civil.

La question de la radiation appelle celle de la réduction. Mais, si l'on conçoit bien l'éventualité d'une réduction de la créance garantie, on comprend assez mal celle d'une diminution de l'objet même de la sûreté. Le fonds est un bloc bien délicat à diviser; tout au plus, pourrait-on peut-être donner aux tribunaux le pouvoir de faire sortir le matériel du nantissement (1).

Sous l'empire de la loi du 1er mars 1898, nous savons qu'il est difficile, en outre, de fixer les effets du nantissement. On conteste au créancier nanti le

---

(1) M. Percerou admettrait la réduction sur le matériel. (Rapport précité, p. 248, note 1).

droit de suite ; on discute sur son rang de préférence ; on tend, en général, à lui accorder seulement un privilège de créancier gagiste ordinaire. En prononçant le mot d'hypothèque, la loi future aura, du même coup, tranché toutes ces questions (1). Elle devra prendre soin, cependant, d'assurer au créancier nanti, dans la mesure du possible, l'exercice utile de son droit. Le droit du créancier nanti portera, en effet, désormais sur le fonds, pris comme entité juridique et non sur chacun des objets qui le composent. Or, il sera facile au débiteur de réduire à peu de chose, sinon à rien, son fonds de commerce, en aliénant certains des éléments importants qui le forment, des brevets d'invention, par exemple ; le créancier nanti n'aura pas le droit de les poursuivre de son droit de suite. Cette circonstance donnera, il est vrai, ouverture à l'action paulienne, mais une mesure préventive consistant en des pénalités contre le débiteur, analogues à celles édictées par la loi sur les warrants agricoles, aura l'avantage de diminuer le nombre des aliénations frauduleuses (2). Ces pénalités pourront être étendues aux aliénations de matériel. En considérant le matériel comme un simple accessoire du fonds, on le grève, il est vrai, directement du droit du créancier nanti ; l'acquéreur

---

(1) La commission de la Société d'études législatives a eu le tort selon nous de conserver au droit du créancier nanti le titre de privilège : elle en fait alors un véritable privilège et se trouve obligée de prévoir et de résoudre une série de conflits, qui, selon nous, ne doivent pas se présenter. (Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 244-247.)

(2) Dans le même sens : Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 232.

constitué, de mauvaise foi par la publicité du nantissement, ne sera donc pas à l'abri même d'une revendication ; seulement la facilité de circulation des meubles pourra rendre souvent illusoire l'action du créancier, d'ailleurs longue et coûteuse.

Le droit de suite sera, bien entendu, consacré au profit du créancier nanti. Mais, si l'on ne veut pas entraver la circulation des fonds de commerce, il faudra, par contre, donner aux acquéreurs le droit et le moyen de les purger des nantissements qui les affectent. La procédure à établir, dans ce but, à l'aide de la publicité des cessions, devra être aussi rapide, aussi simple, aussi économique que possible. Nous nous en tenons sur ce point à ces simples indications pour ne pas allonger démesurément ce travail.

Le droit de purger pour l'acquéreur d'un fonds engagé appelle aussi pour les créanciers nantis la faculté de surenchérir. Il y aura lieu de la consacrer à leur profit, tout en donnant une durée très courte au délai dans lequel elle devra se produire (1). Quant au montant de cette surenchère, rien ne paraît s'opposer à ce qu'on le fixe au dixième du prix de vente aux enchères, par analogie avec l'article 2185 du Code civil.

Il restera alors à déterminer dans quelles conditions le fonds de commerce, donné en nantissement, pourra être réalisé par le créancier nanti, non payé à l'échéance, quand son débiteur ne voudra pas se prêter à une vente amiable.

Comment devra-t-il procéder ? Conviendra-t-il

(1) Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 250.

d'organiser une forme de saisie spéciale au fonds de commerce ? Quelle sera la ligne de conduite de ce créancier en cas de faillite du débiteur ? Tous ces points seront d'autant plus délicats à régler que les marchandises ne seront pas comprises dans le nantissement. Pour simplifier, plaçons-nous d'abord dans l'hypothèse la plus rare, mais la plus simple, en dehors de toute faillite.

A défaut d'acte authentique, l'autorisation d'un tribunal paraît suffisante pour permettre la vente aux enchères publiques de ce fonds sans aucune saisie préalable, puisque aussi bien aucune de nos saisies n'est applicable à la mise de cette sorte de biens sous main de justice (1). Mais il semble nécessaire de l'exiger, même au cas où le nantissement serait commercial, par suite de l'importance de cette sûreté et des difficultés pratiques que sa réalisation peut soulever.

Notons, en passant, qu'on pourrait penser à donner au créancier nanti la faculté de demander, à son choix, la vente du fonds ou son attribution en paiement, comme en matière de gage ordinaire (art. 2078 du Code civil). L'analogie de notre nantissement et de l'hypothèque immobilière nous indique déjà que le meilleur parti à prendre est de ne lui procurer que le moyen de faire vendre. Son intérêt, aussi bien que celui du débiteur, conseille, en outre, cette solution ; de toute évidence, en effet, il serait bien peu pratique pour lui d'obtenir l'attribution

(1) Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 251.

d'un fonds sans celle des marchandises qui lui sont adjointes et sur lesquelles il n'a aucun droit.

A quel tribunal faudra-t-il attribuer compétence pour donner cette autorisation de vendre? A moins de faire échec à ce principe, en vigueur chez nous, que les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements, le tribunal civil se trouve tout désigné, même si le nantissement est commercial. Nous croirions pourtant plus simple et plus logique de donner cette compétence au tribunal de commerce, en lui conférant les pouvoirs utiles dans la circonstance; la nature de l'objet à réaliser, la rapidité qu'exige une telle opération, la simplicité de la procédure commerciale et l'aptitude toute particulière des juges consulaires à apprécier les difficultés auxquelles cette vente peut donner lieu, conduisent à cette conclusion (1). A cela, il faudra joindre aussi, pour le président du tribunal de commerce, la faculté de délivrer, le cas échéant, des ordonnances de référé, pour permettre au créancier nanti de vaincre la mauvaise volonté du débiteur dans les diverses occasions que nous rappelions plus haut; aucun obstacle de principe ne s'oppose réellement à cette extension du référé aux matières commerciales, surtout pour un cas particulier qui en a un besoin tout spécial (2).

Le créancier nanti n'ayant plus de droits sur les marchandises, ne pourra pas, semble-t-il, être autorisé à vendre autre chose que le fonds sans les

---

(1) Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 253.
(2) Dans le même sens : Rapport de M. Percerou. *Loc. cit*, p. 254.

marchandises. Cette circonstance est de nature à écarter des enchères certains amateurs, et à empêcher le fonds d'atteindre le prix qu'on pouvait en espérer, déduction faite des marchandises.

En considérant que la faillite suivra bien souvent la vente forcée du fonds, qu'en tous cas la vente globale est nécessaire dans l'intérêt de toutes les parties en cause, qu'il y a lieu d'éviter des procédures et des instances supplémentaires, la loi à venir fera bien de décider que le tribunal aura la faculté d'accorder au créancier nanti, sur sa demande, le droit de faire vendre les marchandises, dépendant du fonds, en même temps que ce dernier, sauf à faire tenir compte de la valeur de ces marchandises soit au débiteur, soit à ses créanciers opposants, soit à la masse (1).

Dans le cas où les marchandises suivront ainsi le sort du reste du fonds, on peut se demander quel sera l'acte de la procédure qui les individualisera. A leur égard, on concevrait qu'on puisse continuer à procéder par voie de saisie mobilière ; ce serait alors le procès-verbal de la saisie qui les spécifierait. Il sera plus simple de les faire bénéficier de la procédure de vente du fonds ; en cette occurence, peut-être conviendra-t-il qu'un inventaire en soit dressé. Pour autant, le débiteur, s'il demeure à la tête de ses affaires, n'en restera pas moins libre d'en continuer la vente, sauf à tenir compte de leur prix, au vu de ses livres, sous peine de se rendre passible des

(1) *Cf.* Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 252.

peines de détournement d'objets saisis ou d'abus de confiance.

La vente elle-même sera faite par le ministère d'un notaire ; c'est une solution aujourd'hui définitivement acquise : mais il ne sera pas sans utilité de la consacrer expressément. Cette vente emportera d'ailleurs purge de droit en vertu de l'adage : « Décret forcé purge les hypothèques », à condition cependant que le poursuivant ait fait connaître aux tiers sa demande en autorisation de vente du fonds (1).

Le fonds de commerce, susceptible d'être grevé de plusieurs nantissements, peut être également affecté de divers privilèges ; il l'est presque toujours du privilège du bailleur. Rarement il le sera de celui du vendeur. Le privilège du vendeur d'effets mobiliers n'a, en effet, ni l'importance, ni la vertu du privilège du vendeur d'immeubles ; en matière de faillite, il est même complètement supprimé (article 550, paragraphe 6, du Code de commerce). La loi du 1er mars 1898 a permis de le faire revivre indirectement, puisque le vendeur du fonds ou le fournisseur de marchandises peuvent se faire consentir un nantissement en garantie du paiement du prix des choses par eux vendues. Le vendeur alors, au lieu d'être privilégié, tombe au rang de simple créancier nanti. On a néanmoins critiqué ce résultat. Or, dès l'instant où l'on autorisera, d'une façon générale, l'affectation par préférence, du fonds de commerce, il n'y aura pas de raison de l'interdire tout particulière-

(1) Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 255, note.

ment au profit du vendeur du fonds ou des vendeurs de marchandises. Le privilège du vendeur, une fois publié, est d'ailleurs loin d'être aussi à craindre, en cas de faillite, pour les créanciers chirographaires que s'il restait occulte. Enfin, ce que l'article 550 a surtout voulu, c'est que les tiers, qui ont compté sur les marchandises, détenues par leur débiteur, pour obtenir paiement des avances qu'ils lui ont consenties, ne soient pas trompés (1). Or, ce motif n'existe pas du moment où l'on exclut les marchandises du nantissement (2).

Quoi qu'il en soit, la vente une fois définitivement faite, il peut y avoir lieu de distribuer le prix entre les divers créanciers préférables. Le nombre des privilégiés pouvant concourir avec les créanciers nantis est, au surplus, moins grand que sous le régime de la loi du 1er mars 1898, si l'on exclut les marchandises de l'objet du nantissement : car on écarte alors de la répartition ceux qui n'ont de privilèges que sur les marchandises. Pourtant, si les marchandises sont vendues avec le fonds, le prix en est encore à distribuer; mais aucune difficulté ne peut s'élever à propos de sa distribution, entre les créanciers nantis et les privilégiés sur ces marchandises : ces derniers seuls peuvent y venir.

Si la vente s'est produite, en dehors de toute faillite, une distribution par contribution, si désastreuse soit-elle, semble jusqu'à maintenant la seule procédure à employer pour répartir le prix du fonds

(1) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 2e édition, t. VIII, no 834.
(2) Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 247.

entre les créanciers poursuivants ou opposants, privilégiés, nantis ou chirographaires, qui ne peuvent s'entendre à l'amiable. L'assimilation du nantissement aux hypothèques sur des immeubles conduit tout naturellement à dire que la procédure future à organiser pour la remplacer, devra tenir plutôt de l'ordre que de la contribution. Cependant, étant donnés la nature de l'objet vendu et le caractère ordinairement commercial du nantissement, il conviendra de faire de cette sorte d'ordre, appliqué à notre hypothèse, une procédure simple, rapide et peu coûteuse (1).

La réalisation du gage sera le plus souvent suivie ou précédée d'une déclaration de faillite. Le créancier nanti doit rester en dehors de la faillite. En conséquence, il n'y a pas lieu pour lui de produire, d'affirmer et de faire vérifier sa créance. Il sera bon néanmoins que la loi nouvelle en décide ainsi expressément pour éviter les controverses que nous avons rencontrées à ce propos sous l'empire de la loi du 1er mars 1898. Etranger à la masse, il conservera donc le droit d'exproprier le fonds conformément à la procédure indiquée plus haut, lors même que la déclaration de faillite surviendrait avant qu'il n'eût commencé ses poursuites.

L'intervention du syndic pourrait se produire, cependant, si le créancier restait inactif. Le syndic a incontestablement le pouvoir de vendre les marchandises et il doit avoir aussi, même avant l'union,

---

(1) Dans le même sens : Rapport de M. Percerou. *Loc. cit.*, p. 255.

celui de vendre le fonds, fût-il grevé, comme tout bien du failli. Dans l'hypothèse où le créancier nanti,sans rester inactif, s'occuperait de faire vendre le fonds sans les marchandises, il semblerait également équitable d'accorder au syndic le droit de provoquer la jonction de cette vente et de celle des marchandises, en justifiant de l'intérêt de la masse.

Si le syndic réalise le fonds de commerce, il faut encore prévoir comment se fera, dans ce cas, la distribution du prix. Il semble assez logique de s'inspirer aussi, sur ce point, en les simplifiant, des règles de la procédure d'ordre, qui président, notamment, à la répartition du prix des immeubles hypothéqués, quand ils ont été vendus à la réquisition du syndic et à défaut d'entente amiable entre les créanciers préférables.

En résumé, il nous apparaît que la loi modificative de celle du 1er mars 1898, devra s'occuper non seulement du nantissement de fonds de commerce, mais encore de toute la matière du fonds de commerce (1). Les questions, qui se posent sur les divers actes juridiques, dont les fonds de commerce peuvent être l'objet, sont, en effet, si intimement liées et tellement complexes que, pour supprimer toutes controverses sérieuses dans l'avenir, cette mesure radicale semble de toute nécessité.

A propos du nantissement de fonds de commerce,

---

(1) Voir projet de loi de MM. Mazeau et Dietz-Monin. *Journal officiel*, Sénat, doc. parl., 1885, nº 339, p. 329. — Lèbre. *Op. cit.*, p. 186.

cette loi pourrait avoir à s'occuper d'autres questions fort connexes et qui ne sont pas sans intérêt.

Tout d'abord, il est des groupements de valeurs qui, pour n'être pas des fonds de commerce, présentent avec eux tant d'analogie qu'on peut se demander s'ils ne seraient pas susceptibles de devenir également des instruments de crédit. En premier lieu, on est tenté d'y assimiler d'une part, l'ensemble formé par le droit au bail d'une ferme, les ustensiles, les bestiaux, les approvisionnements d'un agriculteur et, d'autre part et surtout, celui constitué par l'achalandage, la clientèle et l'outillage d'un artisan ou du titulaire d'une profession libérale du genre de celle de médecin, artiste, etc.

Les artisans, les médecins, qui n'ont pas besoin d'avances considérables, qui, de plus, ne réclament pas actuellement de pareils avantages, ne nous semblent pas devoir bénéficier, provisoirement du moins, d'une faculté que l'on conteste déjà aux commerçants, bien mieux fondés à la réclamer (1).

Quant aux agriculteurs, il serait peut-être utile de penser à cette analogie pour leur permettre d'obtenir un peu de ce crédit, dont ils paraissent depuis si longtemps avoir besoin. Mais, en matière de crédit agricole, la question doit forcément dévier : bien des cultivateurs sont propriétaires. La base même de leur fonds, le droit au bail de la ferme qu'ils occupent, fait alors défaut. Ils restent à la tête d'une série d'objets mobiliers corporels : outils, animaux,

---

(1) Le rapport de M. Percerou préconise le nantissement pour les artisans. *Loc. cit.*, p. 229.

récoltes, dont la partie la plus importante se trouve être précisément les fruits naturels de la terre. Ces meubles, facilement transportables, paraissent devoir être les seules sources utiles du crédit agricole. C'est ce qu'à déjà pensé le législateur français en édictant la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles, dont l'insuffisance est, d'ailleurs, depuis longtemps chose également acquise.

On peut se demander, en outre, si, dans l'organisation des sûretés réelles en faveur du commerce, le législateur français ne pourrait pas aller encore plus loin, et si, tout en consacrant le nantissement de fonds de commerce, il n'agirait pas utilement, en faisant passer dans nos lois la *floating charge* anglaise dont nous avons déjà parlé. Sans entrer plus avant, ici, dans l'examen de cette institution établie, semble-t-il, en Angleterre, en faveur des obligataires des sociétés commerciales, il nous paraît que l'équivalent d'une semblable garantie peut être à peu près obtenue chez nous par la réunion d'une hypothèque sur les immeubles présents, même au besoin à venir (article 2130 du Code civil), d'un débiteur et d'un nantissement sur son fonds de commerce. Les exigences de la publicité de ces divers droits commandent, du reste, le maintien de cette dualité, quand le besoin d'une pareille somme de garanties se fait sentir.

La question reviendrait à savoir s'il ne conviendrait pas de donner à l'une et à l'autre de ces sûretés, ce caractère de charge flottante, ne se fixant qu'au jour de l'exercice du droit, tout au moins quand, comme pour la *floating charge*, le consti-

tuant est une société, contrainte, de plus, par la force des choses, à ne consentir que très exceptionnellement des sûretés réelles de ce genre à ses créanciers, et quand les bénéficiaires sont des obligataires, appelés à jouir d'un certain contrôle sur l'administration de cette société. Si la charge flottante a, en effet, l'avantage d'être un contrat des plus souples et un puissant instrument de crédit, elle a, en revanche, l'inconvénient de constituer une garantie bien moins sûre qu'une charge fixe. Le nantissement tient un peu de ce caractère en ce sens que sa portée exacte n'est déterminée qu'au jour de la vente du fonds ; il en diffère en ce qu'il constitue une affectation spéciale, dont le rang de préférence est immédiatement fixé. Si l'on exclut du nantissement les marchandises, si l'on fait passer, avant le créancier nanti, tous les créanciers privilégiés, si l'on mentionne dans l'inscription le montant de la créance garantie, tous les intérêts en présence nous paraissent sauvegardés. Le débiteur peut tirer de son fonds tout le crédit dont il est susceptible, sans léser d'intérêts respectables ; le créancier jouit, à son tour, d'une sûreté aussi certaine que la nature de ce bien le comporte. Nous en dirons autant de l'hypothèque générale à joindre au nantissement dans la circonstance.

Il n'y a donc pas lieu, croyons-nous, de chercher plus loin dans des principes d'importation étrangère, difficiles à acclimater chez nous et d'une réglementation pénible, un perfectionnement prétendu et d'une utilité discutable de notre nantissement de fonds de commerce.

Telles sont les modifications que nous souhaiterions voir apporter dans le régime légal des fonds de commerce et particulièrement de leurs nantissements, persuadé qu'elles donneraient satisfaction aux praticiens et aux commerçants. Les travaux de la Société d'études législatives, qui, actuellement, ouvrent la discussion sur cette dernière question, ne pourront manquer d'aboutir, sous ce rapport, à un heureux résultat.

APPENDICE

Le nantissement de fonds de commerce à l'étranger.

Pour ne pas embarrasser la discussion à laquelle nous venons de nous livrer, nous avons dit, sans plus ample explication, qu'aucune législation étrangère n'avait admis notre nantissement de fonds de commerce. Il y avait cependant lieu de donner, sur certaines d'entre elles, des détails intéressants au point de vue spécial de cette institution. Il nous reste à les indiquer.

Toutes les législations étrangères subordonnent expressément la validité du gage à la mise de l'objet engagé aux mains du créancier gagiste (1). Le droit

(1) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. III, parag 288, p. 238.

anglo-américain seul, consacre, dans une certaine mesure et comme institution de droit commun, le gage sans dessaisissement qu'il appelle *mortgage* mobilier, parallèlement au gage, tel que nous le connaissons, et qu'il appelle *pledge*.

Pourtant, il existe un peu partout à l'étranger, en Belgique, en Suisse, en Italie, en Roumanie et ailleurs encore, certaines dispositions législatives organisant, en faveur de l'agriculture et du commerce, et à titre d'institution spéciale, le gage sans déplacement. Seulement, nulle part, nous ne trouvons notre nantissement de fonds de commerce.

En Belgique (1), comme aussi en Italie et en Roumanie, il existe une disposition du Code civil qui permet au vendeur de machines industrielles de conserver son privilège pendant deux ans par une inscription sur des registres publics (2). Cette réglementation, qu'on aurait pu adapter au nantissement de fonds de commerce, n'a pas été étendue à cette institution. La loi du 5 mai 1872 sur le gage commercial en Belgique exige absolument la mise et le maintien de la chose engagée en possession du créancier. La jurisprudence belge n'a pas jugé à propos d'appeler à son secours, comme la nôtre, l'idée de dépossession symbolique ; car le nantissement de fonds de commerce n'est pas encore entré dans les mœurs belges.

La Suisse, au contraire, a été longtemps l'un des rares pays où l'hypothèque mobilière, *Pfandver-*

---

(1) Article 546 du Code belge.

(2) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, 2e édition, t. VIII, parag. 863 *bis*.

schreibung (1), fut élevée au rang d'institution de droit commun.

Le Code civil du canton de Zurich de 1855 l'admettait notamment non seulement comme générale, c'est-à-dire comme pouvant porter sur la masse des biens meubles d'un débiteur, mais encore comme spéciale (paragraphes 874-884), et rendait opposable aux tiers le droit de préférence qui en résultait pour le bénéficiaire, par le seul fait d'une inscription sur un registre, tenu dans l'arrondissement du domicile du débiteur (2). Ces dispositions ont été abrogées par le Code fédéral des obligations qui, dans les articles 210 et suivants sur le gage, n'admet d'exception à la mise en possession que pour le bétail (3).

« Quelque facilité que cette disposition put apporter dans les transactions commerciales, lit-on dans Haberstisch (4), on ne peut nier qu'elle ne fut souvent une source d'erreurs et de préjudice pour les autres créanciers. Les motifs de la loi de l'empire allemand sur les faillites disent avec beaucoup de raison : « Pour que les créanciers ne soient pas indi-
» gnement trompés dans l'appréciation de la fortune
» du débiteur et que le crédit ne souffre pas une
» semblable atteinte, il faut que la chose, remise
» en gage, soit réellement séparée de celle dont le
» débiteur a conservé la propriété complète. »

---

(1) Lehr. *Eléments de Droit civil germanique*, p. 153. — Dalloz. *Supplément au Répertoire*, v° Nantissement, n° 19.

(2) Haberstisch. *Manuel de Droit fédéral des obligations*, traduction Galliéron, t. I, p. 380.

(3) *Code fédéral des obligations*, articles 210 et suiv.

(4) Haberstisch. *Op.* et *loc. cit.*

Quelques cantons suisses ont profité de cette latitude, qui leur était laissée par le Code fédéral, pour rétablir l'hypothèque mobilière sur le bétail (*Viehhabe*). C'est ainsi que le *Pfandverschreibung* sur le bétail existe dans les cantons de Zurich, Schaffouse, Zoug, Schwytz, Bâle-Campagne, Thurgovie (1).

Ces principes ne permettent donc pas le nantissement de fonds de commerce tel que nous le comprenons ; et à supposer qu'un commerçant veuille constituer en gage cet instrument de son commerce, il ne pourrait y parvenir qu'en abandonnant la possession à son créancier gagiste. Aussi n'est-il pas étonnant que l'on ignore cette pratique en Suisse. S'il peut venir à l'idée d'un commerçant de s'en faire un moyen de crédit, c'est apparemment pour continuer son exploitation ; s'il ne peut en tirer du crédit qu'en s'en dépossédant, il est inutile d'y penser.

Le droit allemand n'a jamais admis le gage sans déplacement ou, pour mieux dire, l'hypothèque mobilière. Dans le droit civil prussien (2), il semble bien qu'il fallait que le créancier ou son représentant eussent la détention du meuble engagé.

Le Code civil allemand exclut toute hypothèque mobilière. L'article 232 ne reconnaît que le gage

---

(1) *Répertoire* Fuzier Hermann, v° Gage (Droit comparé), n° 763. — Se reporter notamment au *Nouveau Code de Zurich*, traduction Lehr, p. 101, articles 403-413. — Voir pour le canton de Turgovie, la loi du 21 novembre 1893. *Annuaire de législation étrangère*, 1894, p. 670.

(2) Dernburg. *Prussisches Privatrecht*, t. I, p. 365.

comme sûreté mobilière possible. Les articles 1204 à 1206 qui règlent les conditions de cette mise en gage, sont ainsi conçus : « Art. 1204. — Une chose mobilière peut être grevée pour la sûreté d'une créance, de manière que le créancier soit autorisé à se procurer satisfaction sur la chose... Art. 1205. — Pour constituer le droit de gage, il faut que le propriétaire délivre la chose au créancier et qu'ils soient d'accord que le créancier aura un droit de gage... Art. 1206. — A la place de la délivrance de la chose, il suffit de la co-possession, lorsque la chose se trouve enfermée dans un endroit dont le créancier a également la clef ou si elle est en possession d'un tiers, lorsque la restitution ne peut se faire qu'au propriétaire et au créancier ensemble. »

L'article 1273 ajoute, contrairement au droit romain, que « l'objet du droit de gage peut aussi être un droit », et l'article 1274, que « la constitution du gage sur un droit se fait conformément aux dispositions qui règlent le transfert de ce droit. Si la tradition d'une chose est requise pour ce transfert, l'on applique les dispositions des articles 1205 et 1206 (1) ». Une mise en gage de fonds de commerce ne saurait donc se concevoir outre-Rhin sans la dépossession du commerçant constituant. Même dans ces conditions, on n'y peut pas établir un véritable nantissement de fonds de commerce. La jurisprudence allemande tient, en effet, le fonds de commerce pour une *universitas rerum,* bien que, sur

(1) *Code civil allemand,* traduction de Meulenaere.

la base d'une présomption de volonté, la loi incorpore de plein droit, dans la cession du fonds de commerce, les créances et les dettes nées de son exploitation (1). On peut constituer un nantissement sur la totalité des objets formant le fonds, mais l'effet ne se rapporte que sur chaque objet, de sorte que, si différents objets disparaissent et sont remplacés par d'autres, ceux-ci ne sont pas touchés par le nantissement (2).

Par contre, on trouve en Angleterre, à côté du *pledge* ou gage avec mise en possession du créancier, le *mortgage* mobilier ou gage sans déplacement. Le *mortgage* permet au propriétaire de meubles de les céder à ses créanciers, en garantie de leurs prêts jusqu'au jour où, tenu de rembourser la dette, il manquera à cette obligation (3). Il se réalise par un acte de vente pignorative, dit *bill of sale ;* par cet acte, la propriété des meubles mortgagés passe bien au créancier, mais le débiteur en reste nanti. Pendant longtemps, le plus grave défaut de cette institution était la clandestinité complète des droits ainsi constitués. Des lois de la dernière moitié du dix-neuvième siècle ont prescrit, que tout acte de vente pignorative de biens meubles soit enregistré dans le délai de sept jours francs au greffe de la Cour du Banc de la reine, à peine de nullité.

---

(1) Articles 25-27 du *Nouveau Code de commerce allemand*, promulgué le 10 mai 1897 et qui a pris force de loi le 1er janvier 1900.

(2) Renseignements dus à l'obligeance de M. Teutsch, avocat-avoué à Metz.

(3) Lehr. *Eléments de Droit civil anglais*, édition de 1885, parag. 556, p. 386.

Le *mortgage* confère au *mortgagist* le droit de revendiquer le meuble mortgagé, s'il est aliéné, du jour où le débiteur est en demeure. Mais il a ce grave inconvénient que, comme les meubles affectés à la sûreté du créancier restent entre les mains du débiteur, ils tombent dans l'actif au cas où ce dernier viendrait à être déclaré en faillite, par application de la théorie tout anglaise de la « propriété présumée (1) ».

Cette théorie avait pourtant été mise en échec à propos du *mortgage* par la loi du 22 juillet 1878 sur les *bill of sale* (2). Les articles 8 et 20 de cette loi décidaient qu'à la faillite les *bill of sale* seraient opposables aux tiers. Toutefois la loi du 13 août 1882 a (3), dans son article 15, abrogé ces dispositions et rétabli le droit antérieur (4).

Il n'y a donc là qu'un moyen de crédit bien limité. Il y a plus encore. Les vices du régime de publicité, les lacunes de réglementation des *bill of sale* rendaient, avant 1878 et même avant 1882, les fraudes fort nombreuses. Or, la loi de 1878 n'a pas seulement amélioré la publicité, elle a aussi déterminé quels objets mobiliers pouvaient être susceptibles d'un *mortgage* et quels étaient, par contre, ceux qui ne l'étaient pas. Elle s'exprime ainsi : « Art. 473.

---

(1) Lehr. *Eléments de Droit civil anglais*, édition de 1885, parag. 556, p. 386. — Lyon-Caen et Renault. *Traité de Droit commercial*, 3e édition, t. III, nº 288, p. 239. — Lyon-Caen. *Loi anglaise de 1883 sur la faillite*, introduction, p. XLII.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 1879, p. 50.

(3) *Ibidem*, 1882, p. 80.

(4) Lyon-Caen. *Loi anglaise de 1883 sur la faillite*, introduction, p. XLII.

L'expression bien meubles comprend les marchandises, meubles et autres objets susceptibles d'un transfert parfait par la seule tradition..., mais elle n'embrasse pas les droits sur les objets mobiliers attachés à une propriété foncière, ni les objets à demeure..., ni les récoltes sur pied..., ni les actions ou parts dans les *stocks* (dette consolidée), fonds ou dettes garantis de tout Etat ou dans le capital en propriété de toute compagnie incorporée ou société anonyme, ni les droits incorporels *(choses in action)* (1).

Le fonds de commerce anglais peut probablement trouver place parmi les choses meubles susceptibles de *mortgage :* bien que meuble incorporel, il n'est pas une *chose in action,* c'est-à-dire un droit de créance. Dans l'affirmative, ce *mortgage* serait alors sans utilité pratique, puisque le droit de préférence du mortgagiste disparaît à la déclaration de faillite.

On trouve, en outre, en Angleterre et aux Etats-Unis une institution spéciale qui participe, dans une large mesure, de notre nantissement de fonds de commerce.

Lorsqu'en Angleterre une société émet des obligations, elle confère le plus souvent aujourd'hui aux souscripteurs de ces obligations un droit de gage général sur son actif ou sur partie de son actif mobilier et immobilier, présent et futur. La société reste à la tête de ses affaires et cette affectation ne l'em-

---

(1) Loi du 22 juillet 1879 (traduction). *Annuaire de législation étrangère,* 1879, p. 50.

pêche pas de disposer de tous ses biens sans qu'ils restent grevés aux mains des tiers, de les hypothéquer ou de les mortgager individuellement. Ce droit de gage ne se fixe qu'au moment, soit de la cessation des paiements, soit de la nomination d'un séquestre, soit encore de la mise en liquidation judiciaire. L'actif, tel qu'il est constitué à cette époque, est alors frappé d'indisponibilité dans la mesure où il est grevé de ce droit, de cette charge flottante, *floating charge,* comme on dit en Angleterre.

Cette institution, qui nous apparaît comme un instrument de crédit commode et utile, est né de la coutume. Le législateur anglais n'est intervenu que pour en organiser la publicité pour la protection des tiers. La loi de 1862 sur les sociétés leur prescrivait à toutes de tenir un registre des hypothèques et charges spéciales grevant leur actif : ces dispositions paraissaient insuffisantes, et une loi récente, mise en vigueur le 1er février 1901 (1), ordonne que toute hypothèque, charge particulière ou flottante, doit être désormais et, en outre, transcrite, à peine de nullité et d'amende, sur un registre spécial tenu par le *Registrar general* des sociétés par actions. Ce registre est à la disposition de tout venant, moyennant la somme de un schelling ; le récépissé du magistrat doit être reproduit au dos de tous les titres d'obligations bénéficiaires.

On retrouve aux Etats-Unis des coutumes analo-

(1) Communication de M. Decugis à la Société de législation comparée sur la protection des obligataires dans les sociétés anglaises par actions. *Bulletin de la Société de législation comparée,* t. XXX, 1900-1901, p. 245.

gues ; cela s'explique fort bien. Ici comme là, le *mortgage* est une institution légale et usitée. La plupart des emprunts des sociétés de chemins de fer américains se contractent au moyen de l'émission de titres au porteur, garantie par un nantissement sur le chemin de fer et sur tout ce qui appartient à la Société. En principe, il est vrai, la concession consistant dans la construction et l'exploitation d'un chemin de fer, ne peut pas être vendue ou transmise à un tiers. Mais la loi est intervenue, et dans presque tous les Etats confédéres, des lois ont été promulguées (1), qui autorisent les compagnies de chemins de fer à affecter tous leurs biens, y compris la concession, à la garantie hypothécaire des emprunts qu'elles émettent. Tout l'actif d'une compagnie peut ainsi être donné en garantie aux souscripteurs d'emprunts émis.

En somme, on ne trouve pas à l'étranger d'autre institution que la *floating charge* à comparer à notre nantissement ; mais elle ne lui ressemble que de bien loin. Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer plus haut les différences caractéristiques qui les séparent : il serait oiseux d'y revenir.

---

(1) Holdheim. *Mortgages et Mortgagebunds : Annales de Droit commercial,* 1895, p. 126.

CONCLUSION

Bien qu'il y ait urgence absolue à aborder de front la réforme de notre loi du 1er mars 1898, il est à craindre que nous n'attendions bien longtemps encore celle qui devra la remplacer. Les préoccupations actuelles du législateur détournent son attention des questions d'affaires ou ne lui permettent pas de s'y arrêter, si leur règlement exige trop de temps et d'études.

Dans ces conditions, c'est aux tribunaux à s'efforcer, dans la mesure de leurs attributions, de protéger le crédit menacé. Ils ont bien autrefois créé illégalement le nantissement de fonds de commerce. Il nous semble qu'ils pourraient aujourd'hui, sans aller aussi loin, pallier les inconvénients de la stricte interprétation de la loi du 1er mars 1898.

En s'en tenant même à la conception du contenu et de la nature juridique du fonds de commerce tel qu'il paraît résulter de la loi du 1er mars 1898, nous pensons qu'ils ont le moyen, si toutefois on élevait devant eux cette prétention, de décider que les fournisseurs du débiteur constituant jouissent d'un privi-

lège en vertu de l'article 2102, paragraphe 3, du Code civil : ceux-ci ne contribuent-ils pas à la conservation de la chose? Pour éviter des fraudes, à l'encontre du créancier gagiste, les juges n'auraient qu'à limiter ce privilège jusqu'à concurrence du montant de leurs dernières fournitures, dont leurs livres font foi. Cette solution n'aurait rien d'arbitraire : telle doit être, en effet, l'appréciation minimum de leur rôle de conservateurs. Elle aurait, au contraire, une apparence juridique et un côté équitable, puisque, à tout prendre, il n'est pas juste de faire porter le droit du créancier nanti sur des objets qui, moralement, ne lui appartiennent pas. Elle procurerait, surtout, cet avantage de diminuer un peu la méfiance des fournisseurs à l'égard, non seulement du commerçant, dont le fonds est grevé, mais encore de ceux dont le fonds est indemne.

Rien ne s'opposerait, en second lieu, à ce que les magistrats s'inspirassent, pour statuer sur les difficultés pouvant naître de l'absence de dispositions réglant le fonctionnement de la publicité spéciale, organisée par la loi de 1898, des principes correspondants de la publicité immobilière du Code civil, en tant du moins que ces principes pourraient s'appliquer ici.

Enfin, pour la réalisation du fonds donné en nantissement, il nous semble qu'ils devraient faire appel, davantage qu'ils ne le font aujourd'hui, en même temps qu'aux principes sur la réalisation du gage, à l'analogie frappante de ce nantissement et de l'hypothèque sur les immeubles.

Bien des points resteraient encore à régler malgré

tout ; bien des controverses seraient encore possibles ; mais les principales difficultés seraient aplanies, le nombre des procès diminué, le crédit des commerçants plus solide et les transactions moins réservées.

Vu :

E. BAILLY.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,

E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 27 mai 1903.

Le Recteur de l'Académie,

E. BOIRAC.

BIBLIOGRAPHIE

Anonyme. Nantissement de fonds de commerce, application de la nouvelle loi dans la pratique notariale: *Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1898, n° 10119, p. 558 et suivantes.

Aubry et Rau. *Cours de Droit civil français*, 5e édition.

Authier. Exposé des motifs et Texte d'une proposition de loi relative au nantissement de fonds de commerce, déposés à la Chambre des députés, le 13 février 1902 : *Journal officiel*, Chambre des députés, documents parlementaires, 1902, annexe n° 2977, p. 157.

Avril. *Principes et caractères juridiques de la constitution de gage sur les meubles incorporels*, thèse de Paris, 1898.

Barbier (R.) De la Dation en nantissement des fonds de commerce : *Revue critique des sociétés et de droit commercial*, 1902, p. 65-91, 245-272 et 401-413.

Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Des biens*, 1896.

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Du nantissement, des privilèges et hypothèques, et de l'expropriation forcée*, 2e édition, 1899.

Belime. *Traité de la possession.*

Bellom. *Du nantissement d'un fonds de commerce*, thèse de Paris, 1901.

Beudant. *Les sûretés personnelles et réelles*, 1900-1902.

Blaisot. *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, thèse de Paris, 1897.

Boistel. *Précis de droit commercial*, 1878.

Bravard-Veyrières et Demangeat. *Traité de droit commercial.*

Catalan. *De la condition juridique des fonds de commerce*, thèse de Montpellier, 1899.

Cerban (Alex.). *Etude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles*, thèse de Paris, 1897.

Code civil allemand, traduction de Meulenaere.

Code du canton de Zurich (nouveau), traduction Lehr.

Dalloz. *Jurisprudence générale, Répertoire alphabétique et Supplément au répertoire*, principalement v° Industrie et commerce, v° Nantissement, v° Privilèges et hypothèques.

Decroix (H). Rapport relatif au nantissement de fonds de commerce, présenté à la Chambre de commerce de Lille, le 28 avril 1899 : *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, p. 321-324.

Decugis. Communication à la Société de législation comparée sur les droits des obligataires dans les sociétés anglaises par actions : *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900-1901, p. 245 et suivantes.

Demante et Colmet de Santerre. *Cours analytique de Code civil*, 2e édition, 1884-1889.

Demolombe. *Traité de la Distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, Paris, 1870.

Discussion à la Société d'études législatives sur les résolutions de la commission nommée par elle et spécialement chargée de l'élaboration d'un projet sur le nantissement de fonds de commerce : *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, séance du 27 mars 1903, p. 267-287.

Duranton. *Cours de droit français suivant le Code civil*, 2e édition, 1844.

Dutruc. *Dictionnaire du contentieux commercial et industriel*, Paris, 1875.

Epinay (d'). Compétence des notaires en matière de vente de fonds de commerce : *Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1903, n° 11170.

Fauchille (P.). Note sous Cassation, 13 mars 1888 : *Annales de droit commercial* (Jurisprudence), 1888, p. 171.

FOUILLEUL (N.). *De la constitution en gage des fonds de commerce*, thèse de Paris, 1900.

GALLARD. *L'Hypothèque mobilière sur les fonds de commerce*, thèse de Paris, 1902.

GAUDEMET (E.). *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, thèse de Dijon, Paris, 1898. — Compte rendu de l'étude de M. Catalan sur la condition juridique des fonds de commerce : *Annales de droit commercial*, 1900, p. 318 et suivantes.

GOMBEAUX. *La notion juridique du fonds de commerce*, thèse de Caen, Paris, 1901.

GUILLOUARD. *Traité du nantissement et du droit de rétention*, 1895. — *Traité des privilèges et hypothèques*, 1896-1899.

HABERSTISCH. *Manuel du droit fédéral des obligations*, traduction Galliéron.

HARTMANN. (G.). Introduction historique à l'ouvrage de M. Lèbre : *Traité théorique et pratique des fonds de commerce* (voir G. Lèbre).

HOLDHEIM (P.). *Mortgage et Mortgagebunds : Annales de droit commercial*, 1895, p. 126 et suivantes.

LABICHE. Rapport sur un projet de loi organisant le crédit réel mobilier : *Journal officiel*, Sénat, documents parlementaires, 1883, annexe n° 464, p. 997 et suivantes.

LABORI. *Répertoire encyclopédique de droit français*, v° Fonds de commerce.

LAURENT. *Principes de droit civil*, 3e édition, 1878.

LÈBRE (G.). *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, Paris, 1887.

Législation étrangère (Annuaire de). Années 1884, 1885, 1887, 1894, en ce qui concerne les législations belge, brésilienne, italienne et roumaine sur le gage sans déplacement.

LEHR (E.). *Eléments de droit civil germanique*, Paris, 1875. — *Eléments de droit civil anglais*, Paris, 1885.

LEMOUETTRE (E.). Rapport relatif au nantissement de fonds de commerce à la Chambre syndicale des grains, graines et farines de Paris : *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, p. 300-310.

LEPAGE (E.). Commentaire de la loi du 1er mars 1898 (Nantissement des fonds de commerce) : *Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1878, n° 10057, p. 305-316.

LOCRÉ. *Législation civile.*

LYON-CAEN. *Loi anglaise de 1883 sur la faillite*, Paris, 1888.

LYON-CAEN et RENAULT. *Traité de droit commercial*, 3e édition, Paris, 1898-1903.

MAGNIN. Essai sur le nantissement des fonds de commerce et les résultats de la loi du 1er mars 1898 : *Annales de droit commercial*, 1899, p. 384-400, 469-476, et 1900, p. 28-39.

MARCADÉ et PONT. *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7e édition, Paris, 1872-1884.

MAZEAU et DIETZ-MONIN. Proposition de loi sur la publicité des ventes de fonds de commerce, déposée au Sénat le 16 juillet 1885 (Exposé des motifs et texte) : *Journal officiel*, Sénat, documents parlementaires, 1885, p. 325 et suivantes.

MEYNIAL. *Notes* dans Sirey, 1892, 1re partie, p. 73 et 497.

MILLERAND. Proposition de loi relative au nantissement des fonds de commerce (Exposé des motifs et texte) : *Journal officiel*, Chambre des députés, documents parlementaires, 1893, annexe n° 2716, p. 663 et suivantes. — Rapport présenté à la Chambre des députés (5 novembre 1897) : *Journal officiel*, documents parlementaires, session extraordinaire de 1897, annexe n° 2771, p. 93-94.

MONTIER. *Des nantissements de fonds de commerce, commentaire théorique et pratique de la loi du 1er mars 1898*, Paris, 1900.

NANTET. *Des fonds de commerce, leur mise en gage, leur vente*, thèse de Paris, 1899.

PERCEROU (J.). Rapport présenté au nom de la commission chargée de la préparation d'un projet de loi sur le nantissement des fonds de commerce, Paris, 1903, et *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 3, p. 218-266.

PIGNOLET (A.). De la Dation en nantissement de fonds de commerce. Un fonds de commerce peut-il être donné en nantissement ? *Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1896, n° 9584, p. 398-410.

PLANIOL (M.). *Traité élémentaire de droit civil*, 2e édition, Paris, 1901.

PROJET DU GOUVERNEMENT relatif à la publicité du nantissement des fonds de commerce, déposé à la Chambre des députés par M. Lebret, le 25 février 1899 (Exposé des motifs et texte) : *Journal officiel*, Chambre des députés, documents parlementaires, 1899, annexe n° 759, p. 814.

PROUDHON. *Traité du domaine de propriété et de la distinction des biens*, 2e édition, Dijon, 1839. — *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, 2e édition, Dijon, 1836.

POTHIER. *Traité du nantissement*, Ed. Bugnet, Paris, 1861.

POUILLET. *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, 3e édition, Paris, 1892, 4e édition, Paris, 1898. — *Traité théorique et pratique des brevets d'invention*, Paris, 1889.

QUESTIONNAIRE de la commission d'études sur la législation du nantissement des fonds de commerce. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 1, p. 90-91.

RAYNAUD. Observations sur la loi du 1er mars 1898 : *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, p. 310-317.

RENOUARD. *Traité des faillites et banqueroutes*, 3e édition, Paris, 1857.

ROBERT (Ch.). *Note* dans Dalloz, 1901. 2. 97.

RODIÈRE et PONT. *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, 2e édition, Paris, 1869.

ROYER (Ch.). *Note* dans Dalloz, 1860. 2. 185.

RUBEN de COUDER. *Dictionnaire de droit commercial*, 3e édition, 1879.

RUFFELET. *Du nantissement des fonds de commerce*, thèse de Paris, 1902.

SALEILLES. *De la cession de dettes : Annales de droit commercial* 1890, p. 1-47. — *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, 1re édition, Paris 1890. — *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite : Annales de droit commercial*, 1895, p. 10-78, et 1897, p. 29-47.

SIMON (Ch.). *Le fonds de commerce*, thèse de Paris, 1898.

THALLER (Ed.) *Chronique : Annales de droit commercial*, 1889, p. 221. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 2e édition, Paris, 1900.

THÉZARD. Rapport présenté au Sénat, le 23 décembre 1897, sur la proposition de loi relative au nantissement des fonds de commerce : *Journal officiel*, Sénat, documents parlementaires, session extraordinaire de 1897, annexe n° 94, p. 809.

THURET. Rapport présenté à la Chambre de commerce de Tours : *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, p. 317-321.

TROPLONG. *Traité du contrat de mariage*, Paris, 1850.

VALERY. *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895.

VIDAL. *De la publicité des droits réels sur les meubles*, thèse de Montpellier, 1902.

VINDRY. Rapport présenté à la Chambre de commerce de Lyon : *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, n° 4, p. 294-300.

WAHL. *Note* dans Sirey, 1897. 2. 89.

ERRATA

Page 20, 24e ligne, *au lieu de :* par un autre pareil, *lire :* par d'autres pareils.

— 62, 7e ligne, *au lieu de :* devant notre droit, *lire :* dans notre droit.

— 94, note, *au lieu de la note qui y figure, lire la suivante :*

(1) Poulain de Corbion, dans la *France vinicole*, cité par Barbier : *De la Dation en nantissement des fonds de commerce : Revue critique des sociétés et de droit commercial*, 1902, p. 65-91, 241-272, 401-413, plus spécialement p. 87.

— 95, note, *au lieu de la note* (1) *qui y figure, lire la suivante :*

(1) Wahl, note citée. — Dans le même sens, Pignolet : *De la Dation en nantissement des fonds de commerce : Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1896, p. 393-410, plus spécialement p. 408.

— 175, 14e ligne, *au lieu de :* confiée, *lire :* confié.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — *Essai d'une détermination de la notion de fonds de commerce* 1

§ I. — Le fonds de commerce et les éléments économiques qui le composent ou peuvent le composer 7

§ II. — La notion juridique du fonds de commerce. . . 23

PREMIÈRE PARTIE.

Le nantissement de fonds de commerce avant la loi du 1er mars 1898. 45

CHAPITRE Ier. — *Le nantissement de fonds de commerce avant l'arrêt de cassation du 13 mars 1888.* 51

CHAPITRE II. — *Le nantissement de fonds de commerce depuis cette date jusqu'à la loi de 1898* 69

Section Ire. — Système de la Cour de cassation et des Cours d'appel 70

Section II. — Système des tribunaux consulaires. . . . 87

Section III. — Etat de la question à la veille de la loi du 1er mars 1898. 94

DEUXIÈME PARTIE.

Le nantissement de fonds de commerce sous le régime de la loi du 1er mars 1898. 99

CHAPITRE Ier. — *La loi du 1er mars 1898, son sens et sa portée* 101

Section Ire. — Elaboration de la loi du 1er mars 1898 . . 102
Section II. — Sens de cette loi. 108
Section III. — Portée de cette loi. 119

§ Ier. — Nature du nantissement de fonds de commerce. 119
§ II. — Nature juridique du fonds de commerce. . . . 124

CHAPITRE II. — *Régime légal actuel du nantissement de fonds de commerce sans déplacement* 131

Section Ire. — Constitution et preuve du nantissement de fonds de commerce 133

§ Ier. — Consentement 134
§ II. — Constatation par écrit 135
§ III. — Publicité. 138
I. Prise de l'inscription. 139
II. Durée, radiation et réduction de l'inscription . 147
III. Publicité résultant de la loi du 1er mars 1898 et responsabilité des greffiers. 152

Section II. — Objet du nantissement de fonds de commerce 156
Section III. — Effets du nantissement de fonds de commerce 174

§ Ier. — Effets du nantissement du côté du créancier nanti 175
I. Droit de préférence. 179
II. Droit de suite. Sa portée 187
III. Réalisation du fonds de commerce donné en nantissement 191
IV. Etendue de la créance garantie 201

§ II. — Effets du nantissement du côté du débiteur constituant ou du tiers détenteur. 204

Section IV. — Extinction du nantissement de fonds de commerce 206

§ Ier.— Renonciation du créancier nanti 207

§ II. — Autres circonstances entraînant l'extinction directe du nantissement 209

I. Prescription 209

II. Perte du fonds de commerce 210

III. Défaut d'inscription du nantissement en temps utile 211

IV. Confusion 211

Section V. — Transmission du nantissement de fonds de commerce 212

TROISIÈME PARTIE.

Inconvénients pratiques de la loi du 1er mars 1898. — Sa Réformation 219

CHAPITRE Ier.— *Inconvénients de la loi du 1er mars 1898.* . 221

CHAPITRE II. — *Projets modificatifs de la loi du 1er mars 1898 et proposés au Parlement* 239

CHAPITRE III. — *Réformes à proposer à la loi du 1er mars 1898* 247

APPENDICE. — Le nantissement de fonds de commerce à l'étranger. 285

CONCLUSION 295

BIBLIOGRAPHIE. 299

ERRATA. 305

DIJON, IMP. JOBARD

PENSER-AGIR
JOBARD-IMPRIMEUR-DIJON